

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LE
TESTAMENT DES MILITAIRES

DANS

L'HISTOIRE DU DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le vendredi 13 décembre 1907, à 1 heure

PAR

L. GOUOT

Président : M. LEFEBVRE, professeur.

Suffragants { *MM. CHÉNON, professeur.*
MEYNIAL, agrégé.

PARIS

LIBRAIRIE DES FACULTES

A. MICHALON

26, Rue Monsieur-le-Prince. 26

—
1907

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITE DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LE
TESTAMENT DES MILITAIRES

DANS

L'HISTOIRE DU DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le vendredi 13 décembre 1907, à 1 heure

PAR

L. GOUOT

Président : M. LEFEBVRE, professeur.

Suffragants { *MM. CHÉNON, professeur.*
MEYNIAL, agrégé.



PARIS

LIBRAIRIE DES FACULTÉS

A. MICHALON

26, Rue Monsieur-le-Prince, 26

—
1907

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

- E. CUQ. — Institutions juridiques des Romains.
GIRARD. — Droit romain.
Corpus juris civilis.
LE GENDRE. — Le testament militaire en droit romain.
Thèse, 1890.
FUSTEL DE COULANGES. — Les invasions germaniques et la
fin de l'Empire, 1891.
La Monarchie franque.
TACITE. — La Germanie.
Lois barbares et romaines.
HENRI AUFFROY. — Évolution du testament en France
des origines au xiii^e siècle. Thèse, 1899.
Capitulaires du royaume franc.
Cartulaire de Cluny.
Cartulaire de Saint Pierre de Chartres.
J. ENGELMANN. — Les exécuteurs testamentaires au
xv^e siècle. Thèse.
BEAUMANOIR. — Coutumes du Beauvoisis.
LE CARON. — Le Grand Coutumier de France.
FROISSART. — Chroniques.
ISAMBERT. — Anciennes lois françaises, 1825.
CLAUDE HENRYS. — Œuvres, avec des observations sur les
changements de jurisprudence par Bretonnier, 1772.

DE BRIQUET. — Code militaire, 1761.

DE FERRIÈRES. — Institutes de Justinien, 1770.

Arrest de la Cour de Parlement, rendu au sujet des testamens militaires faits par les officiers de guerre et qui prescrit la manière dont ils doivent être faits, février 1717.
(Archives A+D. 741.)

FURGOLE. — Traité des testamens, codiciles, donations à cause de mort et autres dispositions de dernière volonté, 1779.

L. RONCIN. — Des actes conservatoires des intérêts civils des militaires aux armées, 1894.

DUVERGIER. — Collection des lois et décrets.

A. VEISS. — Droit international privé.

Grande Encyclopédie.

INTRODUCTION

De tous temps, les militaires ont, pour des raisons diverses, joui de privilèges, soit quant à la forme, soit quant au fond du testament.

Ces privilèges, nombreux à Rome, ont été réduits successivement par l'ancien droit, pour aboutir simplement, dans le droit contemporain, à une forme de testament particulière.

Mais si restreints qu'ils puissent être à l'heure actuelle, ils n'en sont pas moins précieux.

La rapidité avec laquelle la mobilisation s'effectue chez les nations modernes ne permet pas au soldat, au réserviste surtout, de « mettre ses affaires en ordre » avant de rejoindre son corps ; arraché brusquement à son champ ou à son négoce, il peut craindre de mourir *intestat*, lorsque ne sachant pas écrire, blessé,

ou pour toute autre cause, il lui est interdit d'avoir recours au testament olographe.

Aussi tous les législateurs ceux de jadis comme ceux d'aujourd'hui, ont-ils introduit, à l'usage des soldats, des formes de tester particulières, soit en admettant le testament oral et nuncupatif, soit en donnant à certains fonctionnaires militaires, et subsidiairement aux officiers de troupe, qualité pour recevoir extraordinairement les dernières volontés des hommes en campagne.

C'est l'évolution, en droit français, de ce testament privilégié que nous étudierons, d'abord dans ses origines romaines, puis au Moyen âge, en droit germanique et coutumier, puis dans la France monarchique et enfin dans le droit contemporain.

CHAPITRE PREMIER

Le testament militaire à Rome.

On pourrait s'étonner de voir commencer l'étude du testament militaire français par celle du testament militaire romain.

Les raisons qui ont déterminé l'institution de l'un et de l'autre sont, en effet, fort différentes.

Tandis que les empereurs romains, toujours chancelants sur leur trône, ont surtout vu dans les privilèges de forme et de fond qu'ils ont accordés à leurs soldats un moyen propre à les attacher à leur fortune, les divers régimes qui se sont succédé en France, confiants en le loyalisme de leurs hommes d'armes, n'ont jamais eu d'autre but que de faciliter à ceux qui tombaient à leur service le moyen de laisser à un ami, à un compagnon d'armes, le modeste pé-

culé, qui, avec leur épée, constituait tout leur avoir de cadets de famille.

C'est ce qui explique les différences nombreuses que nous trouverons entre le droit romain et le droit français.

Tandis que les dérogations au droit commun que nous rencontrerons à Rome, en matière de testament militaire, seront surtout des dérogations de fond, celles que nous trouverons chez nous affecteront à peu près exclusivement la forme et seront rendues nécessaires par la situation juridique anormale dans laquelle vit le soldat en campagne.

Toutefois, s'il est une matière sur laquelle le droit romain a exercé sur le droit français une influence considérable, surtout pendant cette période indéfinie qui s'étend de la chute de l'empire d'Occident à l'unification de la nation française sous un pouvoir central, c'est bien sur le testament militaire.

Et non seulement cette influence s'est répandue sur le midi de notre pays, sur cette région dite de droit écrit, mais, en l'absence de toute disposition des coutumes à ce sujet, par l'autorité seule de la *raison écrite*, c'est le droit romain qui a réglementé la matière qui nous occupe dans le nord de la France, jusqu'au jour où le pouvoir royal, se défiant des chances d'erreur et des moyens de fraude que le

testament militaire romain renfermait en lui, est venu exiger des garanties de véracité plus sérieuses que les dépositions toujours suspectes de quelques témoins.

LE TESTAMENT *in procinctu*

Dans l'ancien droit romain la façon normale de tester est le testament *calatis comitiis*.

Entre autres particularités ce testament présente les caractères suivants :

1° Il ne peut être fait qu'à deux jours fixes de l'année, probablement le 24 mars et le 24 mai ;

2° Il n'est ouvert, du moins à l'origine, qu'aux patriciens qui ont alors seuls accès dans les comices par curies.

De sorte que le citoyen que la guerre appelle subitement à l'armée, n'a aucun moyen de manifester ses dernières volontés en dehors des jours susindiqués, s'il est patricien, et ne peut aucunement tester s'il est plébéen (1).

Il est donc tout naturel que, de bonne heure, les Romains aient cherché une forme de testament qui

1. Depuis Servius Tullius, les plébéiens étaient astreints au service militaire.

fût accessible à tous et à toute époque de l'année.

C'est de ce besoin qu'est né le testament *in procinctu*.

Dans quelles conditions un citoyen romain peut-il tester *in procinctu* et en quoi consiste ce testament ?

Si nous nous reportons au peu de renseignements que nous possédons sur ce point, il suffit au testateur d'être *miles*. Cette obligation exclut les *seniores* qui ne font pas partie de l'armée active.

« Ce testament consistait, dit M. Cuq, en une déclaration de volonté faite par un soldat dans l'intervalle qui s'écoulait entre le moment où le général prenait les auspices pour ranger son armée en bataille et celui où il les prenait pour marcher au combat (1). Le testateur choisissait pour témoins quelques-uns de ses compagnons d'armes (2). »

Quel peut être le rôle de ces compagnons d'armes ? Il ne saurait être question pour eux et en pareil moment de voter sur le testament qui leur est présenté, surtout si nous songeons que les testaments

1. *In procinctu factum testamentum dicitur, quod miles pugnaturus nuncupat præsentibus commilitionibus. Plut. cor. 9.*

2. E. Cuq. Institutions juridiques des Romains. Tome II, p. 295.

simultanés sont parfois nombreux ; quelques années avant la prise de Numance, nous voyons les légionnaires de cinq cohortes faire tous leur testament *in procinctu* au moment de marcher à l'assaut de Contrebie (1).

Il paraît certain, au contraire, que « le peuple sous les armes n'a guère pu jouer, dans ce testament fait avant la bataille, d'autre fonction que celle de témoin ».

Certains auteurs allemands ont voulu faire intervenir les pontifes dans le testament militaire, d'autres, parmi lesquels Mommsen, ont cru que le testateur prenait à témoin l'armée tout entière (2). Bien que les textes soient muets à cet égard et laissent le champ libre à toutes les suppositions, il y aurait là des exigences incompatibles avec les règles de la tactique la plus élémentaire.

A quelle date peut-on fixer approximativement l'apparition du testament *in procinctu* ?

Au premier abord, il semble que la même réforme de Servius qui appelle les plébéiens sous les armes, doive donner naissance au testament *in procinctu*. *Ubi onus, ibi emolumentum*, pourrait-on dire.

1. VELL. PATERG, II, 5.

2. MOMMSEN, III, 307 (350) ; VOIGT, I, 225.

Mais, dit M. Girard, « si l'on remarque que le peuple sous les armes n'a guère pu jouer dans ce testament fait avant la bataille un autre rôle que celui de témoin, on sera porté à penser que le testament *in procinctu* s'est introduit seulement après que le peuple avait été réduit à ce rôle dans le testament comitial lui-même (1) », c'est-à-dire à l'avènement de la République.

Ce testament militaire disparaît au ^{viii} siècle.

Aux privilèges de forme accordés au testament *in procinctu* est-il ajouté des privilèges de fond ?

Ici, encore, les textes sont muets.

Il est peu vraisemblable toutefois, que si, comme l'affirme M. Cuq, « la liberté de tester semble incompatible avec le régime de la propriété au temps des XII Tables, avec le principe de la conservation de certains biens dans les familles... S'il y a des biens affectés à la famille il ne peut dépendre du chef d'en frustrer les enfants qui n'ont pas démérité (2) », il est peu vraisemblable, disons-nous, qu'un citoyen, parce qu'il teste sous la forme militaire, puisse faire produire à son testament des effets plus considérables que ceux qui résulteraient d'un testament *calatis comitiis* et plus tard d'un testament *per æs et libram*.

1. F. GIRARD. Manuel élémentaire de droit romain, p. 797.

2. E. CUQ. Instit. jur. des Romains, t. II, p. 283 et 284.

LE TESTAMENT MILITAIRE SOUS L'EMPIRE.

A peine le testament *in procinctu* est-il tombé dans l'oubli, qu'un nouveau testament militaire fait son apparition.

Pour bien comprendre les circonstances qui lui ont donné naissance, voyons quel est le recrutement et la composition de l'armée romaine aux dernières années de la République et au début de l'Empire.

L'ancien recrutement censitaire inauguré par Servius Tullius a fait place, sous Marius, au service obligatoire pour tous les citoyens, quelle que puisse être leur fortune. A l'armée se rencontrent le prolétaire, l'Italien et même l'affranchi. Dès lors, dit M. Julian (1), « cette armée, au lieu d'être une réunion de citoyens riches, intéressés à défendre la patrie, fut un ramassis de pauvres qui cherchaient dans le service un gagne-pain : l'armée devint mercenaire, à la merci des ambitieux, comme dit Suétone ».

Sous l'Empire les classes riches s'éloignent encore davantage du métier des armes ; les ressources du recrutement ont augmenté en apparence dans des

1. Grande Encyclopédie. Armée Romaine.

proportions plus fortes que les besoins, mais sous l'influence du luxe, de la sécurité extérieure, l'esprit militaire a disparu. Le principe du service militaire subsiste toujours en théorie mais en pratique l'armée se recrute par voie d'engagements volontaires et de rengagements. Depuis Auguste les Italiens sont dispensés de porter les armes et au II^e siècle on peut dire que l'armée romaine est presque entièrement composée de Barbares.

Ces défauts ne font que s'exagérer au Bas-Empire. Si les levées sont plus fréquentes, le remplacement est admis. Les sénateurs, les curiales sont de droit dispensés du service militaire : l'engagement plus ou moins volontaire devient la source unique du recrutement.

Auguste avait essayé de maintenir les fils de vétérans dans le métier des armes, le Bas-Empire leur en fait une obligation ; dès leur naissance ils sont inscrits sur les registres (*matriculæ*).

Le service militaire est devenu un métier.

Et non seulement, comme sous le Haut-Empire, les Barbares forment l'immense majorité du contingent, mais sur bien des points, l'État romain a traité à forfait avec leurs chefs pour la garde des frontières. Il y a des Vandales en Égypte, des escadrons francs, alamans, saxons en Illyrie, des Goths en

Syrie, des Francs en Mésopotamie (1), des Germains en Arménie (2), etc.

Le patriotisme, cela va sans dire, n'est pas la qualité dominante de soldats recrutés dans de telles conditions. Ils servent l'Empire et l'empereur parce qu'ils y trouvent avantage et dans la mesure de cet avantage. Vienne un compétiteur duquel ils attendent plus et ils renversent du trône celui qu'ils avaient promis de servir.

Aussi les empereurs sont-ils pleins de sollicitude pour leurs troupes, d'abord pour en assurer le recrutement et ensuite pour se les attacher. Ils leur distribuent des terres, leur servent, quand les moyens du Trésor le leur permettent, une prime de retraite (sous le Haut-Empire : 12.000 sesterces pour le légionnaire et 20.000 sesterces pour le prétorien), leur accordent le droit de cité ainsi qu'à leur femme et à leurs enfants, enfin, leur assurent un certain nombre d'avantages juridiques, aussi bien en matière pénale qu'en matière civile.

Parmi ces derniers, le plus important est certainement le testament militaire.

D'abord introduit par César, ce privilège n'était

1. *Notitia dignitatum*, édit Seeck, p. 78.

2. *Idem*, p. 84.

accordé aux soldats que pour un temps limité ; ce fut Trajan qui en fit une loi générale, mais ce mode de testament, d'abord accessible en tout temps, fut plus tard restreint par Justinien (1) aux militaires *in expeditione*.

On a beaucoup discuté sur le sens de cette dernière expression. On a prétendu qu'il fallait entendre par là, non pas le combat, ni toute la durée de la guerre, mais « la période pendant laquelle les soldats sont sous les armes et marchent à l'ennemi en le poursuivant ou sont poursuivis par lui », nous dirions aujourd'hui la période pendant laquelle ils sont « engagés ».

Nous ne nous arrêterons pas à discuter cette opinion et nous traduirons *in expeditione* par le terme militaire français « en campagne ». Cette expression exclut le temps pendant lequel le soldat est dans ses garnisons et a la faculté de faire son testament suivant le *jus paganorum*.

Voyons donc quels sont les privilèges dont jouit le testament militaire à l'époque de Justinien.

1. Certains ont attribué cette réforme à Caracalla et à Constantin le Grand.

§ 1. — *Privilèges quant à la forme du testament.*

Quelles sont les formes requises pour la validité d'un testament militaire ?

Pour répondre à cette question, le plus simple est de se reporter au rescrit de Trajan à Catilius Sévère :
« *Id privilegium, quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab his testamenta ratasint, sic intelligi debet, ut utique prius constare debeat testamentum factum esse: quod et sine scriptura, et a non militantibus quoque fieri potest. Si ergo miles, de cujus bonis apud te quæritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur ita locutus est, ut declararet, quem vellet sibi heredem esse, et cui libertatem tribueret: potest videri sine scripto hoc modo esse testatus: et voluntas ejus rata habenda est. Ceterum, si (ut plerumque sermonibus fieri solet) dixit alicui: Ego te heredem facio aut et nonant bona mea tibi relinquo, non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest, quam ipsorum, quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti: alioqui non difficulter post mortem alicujus Militis Testes existerent, qui adfirmarent se audisse dicentem aliquem relinquare se bona, cui visum*

sit : et per hoc vera judicia subverterentur (1). »

Ainsi pour que le testament soit valable il suffit simplement que le testateur réunisse quelques témoins et exprime sa volonté devant eux ; cette condition est suffisante, mais nécessaire, car le testament fait sans témoins, entre le testateur et l'institué, présente trop de chances de fraude.

Si le testateur sait ou peut écrire, non seulement il n'a pas besoin des témoins exigés pour le testament d'un *paganus*, mais il peut écrire ses dernières volontés comme il veut et sur ce qu'il veut : il peut employer des abréviations, des signes quelconques, tracer les caractères sur la terre, sur son bouclier, sur son épée, même avec son sang. « *Proindre sicut juris rationibus licuit, ac semper licebit, si quid in vagina, aut clypeo literis sanguine suo rutilantibus annotaverint, aut et nonant in pulvere inscripserint gladio suo, ipso tempore, quo in prælio vitæ fortem derelinquunt hujusmodi voluntatem stabilem esse oportet.* » (*Codicis lib. VI, tit. XXI, fragment 15.*)

Au cas où le testament a été fait par simple déclaration orale devant des compagnons d'armes, quel est le nombre de témoins par lesquels le testament doit être certifié ?

Certains, comme Théophile, ont affirmé qu'un seul

1. FLORENT. L. 24, *De test. mil.*, XXIX, 1.

témoin était suffisant. Cette opinion paraît, en effet, très défendable. Les personnes présentes, nombreuses peut-être au moment de la déclaration de volonté du testateur, ont pu disparaître depuis pour cause de mort ou de capture. Il pourrait paraître rigoureux de refuser toute valeur au témoignage du dernier survivant d'entre elles ; mais ici comme dans bien des cas, l'attestation d'un seul a paru suspecte.

Cette dernière solution a été approuvée par un certain nombre de commentateurs de ce rescrit, en autres par de Ferrières (1).

On peut rattacher aux privilèges relatifs à la forme du testament militaire la faculté qu'a le testateur de ne pas nommer expressément les personnes qu'il exhérède, quand bien même il s'agirait de son fils et à plus forte raison de sa fille et de son petit-fils.

§ 2. — *Privilèges quant à la personne du testateur.*

En droit romain, le fils de famille est comme absorbé juridiquement par la personne de son père, il ne peut avoir de biens propres et tout ce qu'il acquiert, même par son industrie, accroît à la fortune paternelle.

La réforme, la plus considérable peut-être des

1. DE FERRIÈRES. Institutes de Justinien : Du Testament militaire. Tome III.

empereurs, a consisté à créer pour les militaires une fortune indépendante, parfois considérable, soustraite complètement à la jouissance du *paterfamilias* et qui, à la mort de son propriétaire, s'il en exprime la volonté, passera à ses descendants, comme s'il s'agissait des biens d'une personne *sui juris* (1).

C'est l'ensemble de ces biens propres au soldat qui forment le pécule militaire.

Ce *peculium castrense* fut créé par Auguste. Le grand empereur avait remarqué que les terres distribuées aux soldats profitaient surtout à leurs *patresfamilias* et allaient ainsi à l'encontre du but proposé, aussi déclara-t-il que les biens acquis pendant le service et à titre militaire formeraient un patrimoine propre au soldat et dont celui-ci pourrait disposer par testament.

Composé à l'origine des biens meubles et immeubles provenant, soit d'économies réalisées sur la solde, soit du butin pris sur l'ennemi, le *peculium castreus* prit par la suite une extension considérable et renferma jusqu'aux donations et aux legs faits au soldat par ses compagnons d'armes. Sous Justi-

1. C'était une question controversée de savoir si le *peculium castrense* revenait, en cas de succession *ab intestat*, aux enfants du *de cuius* ou à son *paterfamilias*. Généralement on décidait en faveur de ce dernier.

nien il comprit même les biens donnés à la recrue au moment de son départ pour l'armée.

Quels sont les pouvoirs du fils de famille sur son pécule militaire ?

Entre vifs d'abord. — Par le fait même que l'on a permis au fils de famille de se constituer des biens propres, il est indispensable de lui permettre de les défendre, aussi peut-il ester en justice sans l'autorisation de son *paterfamilias* ; de plus il peut les vendre, les donner.

A cause de mort. — Le militaire peut disposer de son *peculium castrense* par testament dans les formes indiquées plus haut. Jusqu'à Adrien il jouit de cette faculté pendant tout le temps où il sert effectivement sous les aigles, mais non au delà. C'est cet empereur qui étend cette faculté aux vétérans.

Justinien apporte quelques restrictions à cette mesure peut-être trop libérale, en déclarant que le testament militaire ne pourra plus avoir lieu que *in expeditione*.

Faut-il conclure de là que pendant le temps où il est en garnison le fils de famille ne peut plus aucunement disposer de son pécule militaire à cause de mort ?

Justinien répond lui-même à cette question : « *Secd testari quidem, etsi filii familias sunt propter mili-*

tiam conceduntur, jure tamen communi, eodem observatione et in eorum testamentis adhibenda, quam et in testamentis Paganorum proxime exposuimus. »

Le fils de famille doit donc dans ce cas employer les formes ordinaires de testament, de plus, dans ce cas, celui-ci n'est plus privilégié.

Le privilège du testament militaire subsiste même au cas où le soldat est condamné à la peine de mort, à condition que ce soit pour un délit d'ordre purement militaire.

Il en est de même au cas où le soldat après avoir fait son testament devient esclave. En droit commun un tel testament n'est pas valable, par exception en faveur du *miles* le sien ne devient pas *irritum*.

Bien mieux le soldat, même sourd-muet, peut tester « *quomodo et mutus et surdus miles testamentum facere potest* ». *Institutes. Livre II, titre II, § 2.*

Cette disposition toutefois ne devait pas avoir une grande importance pratique, les Romains n'ayant pas plus que nous l'habitude d'incorporer les sourds-muets; si l'on veut trouver une application de ce paragraphe, il faudrait supposer qu'un soldat ait perdu subitement l'usage de la parole ou de l'ouïe, par suite d'une blessure par exemple.

§ III. — *Privilèges quant aux successibles.*

Les militaires jouissent d'un certain nombre de privilèges par rapport aux personnes instituées héritières ou légataires. « *Et deportati et fere omnes qui testamenti factionem non habent, a milite heredes institui passunt.* »

Il est fait toutefois exception pour le *servus pœnæ*. « *Sed si servum pœnæ heredem scribat, institutio non valebit* », mais si à la mort du *miles* le *servus pœnæ* institué a recouvré ses droits de cité, l'institution est valable « *sed si mortis tempore in civitate inveniatur, institutio incipit convalescere, quasi nunc data hereditate* ». Et Ulpien ajoute : « *Et generaliter in omnibus id poterit dici, quos miles scribit heredes, ut institutis incipiat vires habere, si mortis tempore talis inveniatur, ut a milite institui poterit.* »

Qu'advient-il au cas où le soldat a légué des biens à son esclave sans l'affranchir ? En règle générale, dans un cas semblable, le legs doit appartenir au propriétaire de l'esclave. Ulpien est plus libéral lorsque le testateur est *miles* : on doit rechercher l'intention de ce dernier. Croyait-il que la personne instituée était libre ou affranchie ? Le testament n'est pas valable ; si au contraire il savait qu'elle était

esclave on en déduit qu'en même temps qu'il lui laissait des biens, il entendait lui léguer le plus précieux de tous : la liberté, condition nécessaire pour que l'institué pût jouir de sa générosité.

Le texte ajoute quelques dispositions pour le cas où le testateur aurait cru devoir passer par l'intermédiaire d'un fidéicommissaire pour donner la liberté à l'esclave institué et pour lui remettre les biens légués : « *Cum miles in testamento suo servo libertatem dederit, eidemque et a primo, et a secundo herede fideicommissum hereditatem reliquerit: quamvis et primus heres, et substitutus, prinsquam adierint hereditatem, mortem obierunt, non debere intestari exitum facere, Imperator noster cum Divo Severo rescripsit, sed perinde habendum est, ac si eidem servo libertas simul et hereditas directo data esset : quæ utraque ad eum pervenire testatorem voluisse, negari non potest.* » Livre 29, § 13.

Enfin, notons que le *jus deliberandi* fut accessible aux héritiers ou légataires d'un militaire bien avant que Justinien eût étendu cette réforme à tous les successibles.

§ IV. — *Privilèges portant sur la nature
du testament.*

a) « *Miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus.* »

Si un soldat laisse à sa mort un héritier et un légataire pour partie de ses biens, le reste de sa fortune n'accroît pas au légataire, mais revient à l'héritier.

Toutefois, même dans le testament militaire, l'hérédité déferée à une seule personne ne peut être acceptée pour partie. « *Quod si alterutra pars bonorum certi alieno, quod ex ea causa penderet, non sufficiat, et propter hoc is, qui ex ea parte heres institutus est, non adierit; alterum, qui adisset, compellendum esse, aut defendere totam hereditatem, aut totam creditoribus solvere.* »

De plus l'accroissement aurait lieu si le défunt avait exprimé clairement l'idée que la part de l'héritier ou du légataire renonçants devait revenir à l'autre légataire.

b) Un second privilège consiste pour le *miles* en ce qu'il peut faire plusieurs testaments. Si la personne instituée par le dernier d'entre eux ne peut recueillir, c'est celle inscrite au précédent qui bénéficie des libéralités du testateur.

c) Dans le testament militaire l'institution d'héritier n'est pas indispensable pour la validité des affranchissements, les nominations de tuteur et les legs.

d) « *Militis codicillis ad testamentum factis, etiam hereditas jure videtur dari.* »

e) Contrairement à la règle d'après laquelle l'hérédité ne peut être transférée à temps ou sous condition résolutoire : « *Miles et ad tempus heredem facere potest et alium post tempus, vel ex conditone, vel in conditionem.* »

f) La *bonorum possessio contra tabulas* ne doit pas être donnée contre le testament du soldat, du moins en ce qui concerne les biens acquis pendant le service : « *Nam in bona castrensia non esse dandam contra tabulas filii militis bonorum possessionem.* »

g) Quand bien même le militaire aurait oublié ses proches dans son testament, la *querela inofficiosi testamenti* ne peut pas être intentée (1).

h) La *quarte falcidie* n'est pas applicable aux soldats, ceux-ci ne sont pas tenus de laisser une fraction quelconque de leurs biens à leur héritier, au cas où celui-ci renonce, les legs n'en sont pas moins exécutés.

i) Le militaire en captivité étant réputé mort du

1. *De inofficioso testamento militis, vel jure militari, vel civili facto, vel Centurionis, vel Tribuni numeri, nec filios posse queri, jus certum est* (Codicis. Lib. III, Tit. XXVIII, § 9).

jour où il est prisonnier, le testament fait avant cette époque reçoit pleine exécution.

j) En cas de substitution, si le militaire laisse un héritier impubère, celui-ci a pour héritier le substitué.

k) Le *paganus* mineur ne peut affranchir directement son esclave par testament, il doit avoir recours à un fidéicommiss, en priant son héritier d'affranchir l'esclave qui reste l'affranchi de l'héritier.

Au contraire le mineur *miles* peut donner la liberté à son esclave par testament.

l) Le veuf militaire peut, malgré les lois caducaires, recevoir un legs de son épouse morte sans enfants.

Tels sont les principaux privilèges attachés au testament militaire romain.

Mais cette situation favorable ne peut pas aller jusqu'à permettre au *miles* de prendre des dispositions illégales, telles que les dispositions captatoires, ou immorales, tel qu'un legs fait à une concubine. Dans ce dernier cas, la disposition n'est pas réputée non écrite, comme cela aurait lieu s'il s'agissait d'un legs fait à sa concubine par un *paganus*, mais c'est le fisc qui recueille la libéralité et non la femme.

Il arrive que des legs qui ne reposent ni sur une condition illicite, ni sur une condition immorale soient

annulés ; c'est qu'alors ils sont contraires à une loi spéciale ou aux principes du droit.

C'est ainsi qu'un soldat ne peut pas, par testament, disposer des biens d'autrui, changer l'état d'une personne ou léguer ce que la loi défend d'aliéner, comme le fonds dotal, par exemple, il ne peut donner un tuteur à son fils s'il est lui-même en puissance de son aïeul, ni instituer un *servus pœnæ*, ni faire un legs ou un fidéicommiss en faveur de personnes incertaines ou d'une personne exhérédée.

Tel est le testament militaire romain. Comme tant d'autres institutions il survivra à l'empire et c'est lui que nous retrouverons plus tard, à partir du XIII^e siècle, non seulement dans le midi de la France, mais aussi dans les provinces du nord, en Espagne et même jusqu'en des pays dont le génie est complètement étranger au droit romain, comme l'Angleterre.

CHAPITRE II

Le testament militaire chez les Barbares et sous les Mérovingiens

Le testament était inconnu des peuples germaniques. « *Heredes tamen successoresque sui cuique liberi ; et nullum testamentum* » dit Tacite. Telle est la tradition nationale.

Les Francs, à leur arrivée en Gaule, en sont encore au point de vue testamentaire dans les mêmes conditions que les Germains de Tacite. Et chose digne de remarque, l'accroissement de leur richesse, dans la période qui suivra leur installation, n'aura pas pour effet de les faire renoncer à ce *nullum testamentum* qui, quatre siècles auparavant, étonnait tant un Romain.

Lorsqu'il veut transmettre la propriété d'un objet à quelqu'un, en dehors des règles successorales, le

Franc n'a qu'un moyen à sa disposition : l'*affatomie* la donation entre vifs qui dépouille irrévocablement le donateur.

C'est ainsi que nous voyons, dans Grégoire de Tours, les nobles de la suite de Rigundis, qui partent en campagne, faire donation de quelques-uns de leurs biens à des établissements religieux sous forme d'aumônes.

Quant à leurs sujets romains, les Francs les laissent vivre sous leur loi nationale et, civils ou militaires, il leur est loisible de tester suivant les formes romaines.

Plus romanisés que les Francs, les Burgondes connaissent le testament. Les formalités en sont, du reste, extrêmement simplifiées ; il n'est même pas nécessaire qu'il y ait un acte écrit. La loi gombette se contente de cinq ou sept témoins, même de trois seulement s'il s'agit d'un petit patrimoine. Elle veut seulement que, suivant l'ancienne coutume, on tire l'oreille aux témoins pour graver dans leur mémoire l'acte passé.

Dans cette loi barbare, nous ne trouvons aucune forme de testament propre aux militaires, mais dit le paragraphe LX : « *Ceterum si quis post hæc barbarus vel testare voluerit, vel donare voluerit, aut romaniam consuetudinem, aut barbaricam esse servandam.* »

Le texte nous renvoie donc implicitement à la

coutume romaine, c'est-à-dire à la *lex romana*, au Papien, que la *secunda præfatio* de la loi Gombette nous annonce comme devant bientôt être promulgué et qui est beaucoup plus complet, en ce qui touche les testaments militaires, que la loi barbare. Cette *lex romana* porte au titre XLV § 3 que, pour ce testament privilégié, les témoins requis peuvent être supprimés.

Les Wisigoths donnent toute facilité aux soldats en campagne et aux voyageurs pour tester. Dans leur loi barbare, livre II, titre V, on lit : « *In itinere pergens, aut in expeditione publica moriens, si ingenuos secum habeat, voluntatem suam propria manu conscribat. Quod si litteras nescierit, aut per linguorem scribere non potuerit, eamdem voluntatem servis insinuet.* » Dans ce cas l'évêque et le juge s'assurent spécialement de la bonne foi des témoins et l'acte écrit rédigé conformément à leur déclaration, signé des représentants de la puissance publique, est fortifié par l'autorité royale : « *Quorum fidem episcopus atque iudex probare debebunt. Et si nullatenus antea fraudulentis fuisse patuerint, quod sub juramenti testatione prostuerint conscribatur, et sacerdotis atque iudicis subscriptione firmetur ; ac postmodum auctoritate regia roboratum, firmum quod decreverit habeatur.* »

M. Auffroy fait sur ce privilège la remarque suivante : « Peut-être est-ce un souvenir militaire de la Rome impériale ; c'est en tous cas l'indice de la faveur dont jouissaient les dispositions *mortiscausa* ; on ne veut mettre personne dans la nécessité de mourir *intestat*, et on indique avec complaisance à ceux qui partent pour une expédition dangereuse, les moyens très simples qui leur permettront de laisser un acte de dernière volonté. »

Le bréviaire d'Alarie est beaucoup moins libéral que la loi barbare, envers le testament nuncupatif : « *Nolumus convelli deficientium scriptas jure ac solemniter voluntates, dum quoddam morientis supremum et non adscriptum processisse confirmatur arbitrium, tanquam patrimonium suum ad nos deficiens maluerit pertinere. Omnibus enim privatis et militantibus interdiciamus ne hujusmodi perhibeant testimonia et falsi criminis reos teneri præcipimus, si, cum scriptæ jure ac solemaiter deficientium exstiterint voluntates, non scriptum aliquid sub nostrorum nominum mentione falso adstruere moliantur. Nemo itaque relictus vel legibus ad successionem vocatus nostrum vel potentium nomen horrescat : non offere testimonia in hunc modum vel suscipere gestis hujusmodi voces audeat nostro vel etiam privatorum nomine : maneat arbitrium quod vera et sollemnis scriptura commen-*

dat ; excludatur, si quid adversus eam vel deficientis animum sub deferenda hereditate nostræ perennitati per testimonia non scripta et falso contexta asseveratur ; nemo scriptis proprium offerat robur et non scriptis sub prætextu nostri vel potentium nominis ingerat firmitatem (Data III idus Martias Constantinopoli, Theodosio Augusto VII et Palladio Consulibus).

L'Edit de Théodoric, dont nous dirons quelques mots, bien qu'il régit une région qui sort du cadre de cette thèse, règle d'une façon très large la confection du testament des militaires, non seulement en campagne, mais même dans leurs foyers. Il ne s'agit plus comme dans les lois burgondes et wisigothiques de facilités de tester données à des hommes qui ne peuvent employer les règles ordinaires du droit, nous trouvons ici un véritable privilège, semblable à l'ancien privilège romain : « *Barbaris, quos certum est Reipublicæ militare, quomodo voluerint et potuerint, faciendi damus licentiam testamenti, sive domi, sive in castris fuerint constituti.* »

Ainsi le texte est formel : ce privilège peut être exercé *sive domi, sive in castris*. C'est là une survivance du droit impérial qui s'explique tout naturellement dans une œuvre législative applicable à la fois aux Ostrogoths et à leurs sujets romains.

A côté de privilèges de forme octroyés plus ou moins généreusement par les législateurs barbares, trouvons-nous des privilèges de fond ?

Les textes ne nous en laissent supposer aucun et les raisons qui ont provoqué la création de privilèges de fond chez les Romains ont disparu.

L'armée n'est plus mercenaire, elle se compose de tous les hommes libres en état de porter les armes ; il est vrai qu'elle n'a pas gagné en qualité pour cela. « Ou bien les hommes manquent, ou bien ils refusent de servir, ou bien ils servent trop mal. Les expéditions faites en Italie se terminent misérablement. Ce qui est plus honteux que les défaites, c'est l'indiscipline, le désordre et la lâcheté qui règnent dans ces armées... De telles armées semblaient se faire battre exprès... Une armée du roi de Burgondie envoyée pour conquérir la Septimanie commence par ravager le pays burgonde, les bords de la Saône et du Rhône ; elle enlève récoltes et troupeaux, et remplit son propre pays de meurtres et d'incendies (1). »

Du reste, l'utilité de privilèges tenant au fond du testament serait bien moins considérable qu'à Rome ; il n'existe rien chez les Barbares qui rappelle l'an-

1. FUSTEL DE COULANGES. *La monarchie franque*, p. 297 et suiv.

cienne *patria potestas*, le fils peut avoir des biens propres et en a la libre disposition. Il ne faut faire exception que pour les Romains qui vivent sous leur loi propre, mais ils sont peu nombreux, la plupart des souverains barbares ayant fait rédiger à l'usage de leur sujets romains une loi plus ou moins empreinte d'esprit germanique.

Ce bref exposé suffira à faire comprendre quel est, au point de vue de la manifestation des dernières volontés, la situation des militaires barbares ou romains dans les siècles qui suivent l'invasion de la Gaule et la ruine de l'empire d'Occident. On peut dire que généralement, à cette époque, les envahisseurs ont presque tous adopté le testament et ont reconnu des formes de tester privilégiées, propres aux militaires.

Seul les Francs sont restés fidèles au *nullum testamentum* germanique. Lorsqu'ils entreprendront la conquête de la Gaule, peu à peu, sous la marche victorieuse de leurs armées, le testament disparaîtra et au VIII^e siècle, cette forme de disposer *mortis causa*, aura vécu dans le nord de la France.

CHAPITRE III

**Comment du VII^e au XIII^e siècle on a suppléé à
l'absence de testament.**

Les populations romaines soumises aux Francs n'ont pas renoncé subitement aux avantages du testament. Pendant de longues années, elles ont connu un acte juridique mixte, intermédiaire entre le testament et la donation.

Le principal inconvénient de la donation réside en ce qu'elle dépouille irrévocablement le donateur. Aussi généralement voyons-nous celui-ci se réserver, jusqu'à sa mort, l'usufruit des biens par lui donnés.

Telle est cette donation testamentaire mutuelle dont nous parle M. Auffroy dans sa thèse sur l'évolution du testament en France des origines au XIII^e siècle. « En 690 deux époux règlent l'ensemble de leurs intérêts temporels par un acte qui, au pre-

mier abord, paraît se confondre avec les testaments... Les auteurs du document s'inquiètent de leur sépulture, distribuent de larges aumônes à des établissements religieux, réservent à leurs héritiers la part à laquelle ceux-ci peuvent légitimement prétendre et s'assurent mutuellement au profit de celui qui survivra, l'usufruit de tous les biens appartenant à l'un comme à l'autre. Cependant ces résultats sont obtenus au moyen d'une *epistola* entre vifs irrévocable. Le couvent enrichi des plus généreuses offrandes reçoit, sans délai, avec le dépôt d'un exemplaire de la charte, la propriété des biens à lui destinés : l'usufruit seulement est réservé aux époux ou au survivant des deux : il est dès maintenant acquis à chacun, sauf à ne se manifester par un exercice effectif qu'au décès du prémourant. »

Charlemagne dans son « *capitulare legibus additum* » C. 6, après avoir porté que « *Qui res suas pro anima sua ad casam Dei tradere voluerit, domi traditionem faciat coram testibus legitimis* » accorde aux donations faites par les militaires des facilités de révocabilité qui les font ressembler singulièrement à des dispositions testamentaires, puisqu'il reste sous-entendu qu'elles ne recevront exécution qu'en cas de survie du donataire au donateur : « *Si vero aliquis alii res suas tradiderit et in hoste profectus fuerit, et ille cui*

res traditæ sunt interim mortus fuerit, qui res suas tradidit, cum reversus fuerit, adhibitis testibus coram quibus traditio facta est res suas recipiat. »

Si le donataire survit au donateur, mais que celui-ci laisse des héritiers légitimes, ceux-ci recueillent les biens légués, à la mort du donataire, comme l'aurait fait leur auteur « *si autem et ipse mortus fuerit, heredes ejus legitimi res traditas recipiant. »*

A côté de ces privilèges de fond, il est tout naturel de trouver des privilèges de forme. Or, sur ce point, il n'y a rien dans les capitulaires de Charlemagne, c'est dans l'œuvre législative de Louis le Débonnaire que nous trouvons la marche à suivre pour les militaires qui, parlant en campagne, ne peuvent exprimer leurs dernières volontés par les voies ordinaires.

Après nous avoir indiqué la forme normale des donations : « *Si quis res suas pro salute animæ suæ vel ad aliquem venerabilem locum, vel propinquo suo, vel cuilibet alteri tradere voluerit, et eo tempore intra ipsum comitatum fuerit in quo res illæ positæ sunt, legitimam traditionem facere studeat* », le texte montre comment elles peuvent être faites en campagne : « *Quod si eodem tempore quo illas tradere vult extra eundem comitatum fuerit, id est, sive in exercitu, sive in palatio, sive in alio quolibet loco, adhibeat sibi vel de suis pagensibus, vel de aliis qui eâdem*

lege vivant quâ ipse vivit, testes idoneos, vel si illos habere non potuerit, tunc de aliis quales ibi meliores inveniri possint et coram eis rerum suarum traditionem faciat, et fidejussores vestituræ donet ei qui illam traditionem accipit ut vestituram faciat. Et postquam hæc traditio ita facta fuerit, heres illius nullam de prædictis rebus valeat facere repetitionem. Insuper et ipse per se fidejussionem faciat ejusdem vestituræ, ne heredi ulla occasio remaneat hanc traditionem immutandi, sed potius necessitas incumbat illam perficiendi. Et si nondum res suas cum coheredibus suis divisas habuit, non ei hoc sit impedimento ; sed coheres ejus, si sponte noluerit aut per Comitem aut per Missum ejus distrigatur ut divisionem cum illo faciat ad quem defunctus hereditatem suam voluit pervenire.

Et si cuilibet Ecclesiæ eam tradere rogavit, coheres ejus eam legem cum illa Ecclesia de prædicta hereditate habeat quam cum alio coherede suo habere debebat. Et hoc observetur erga patrem et filium et nepotem usque ad annos legitimos. Postea ipsæ res ad immunitatem ipsius Ecclesiæ redeant. (Capitulaire primum additum ad legem salicam (819) § VI : Ut omnis homo liber potestatem habeat ubicumque voluerit res suas dare pro salute animæ suæ.)

Ainsi d'après ce capitulaire, celui qui veut faire

une donation en campagne doit s'entourer de ses compatriotes ou, à défaut, de personnes vivant sous sa loi, ou en cas d'impossibilité, en présence de soldats vivant sous une autre loi que lui (1). Ces témoins serviront plus tard de *fidejussores vestituræ*.

Et le capitulaire ajoute un texte d'une portée générale sur les attributions du comte et du *missus* en cas de contestation.

Telle est donc la donation entre vifs qui, pendant plus de cinq siècles, va tenir la place de l'ancien testament romain. Ses inconvénients apparaîtront de plus en plus clairement à mesure que la richesse ira se développant; aussi ne serons nous pas surpris quand, du XI^e au XIII^e siècle, même avant la renaissance du droit romain, nous verrons le testament reprendre peu à peu, dans les pays de coutumes, la place d'où l'avait éloigné momentanément l'influence germanique.

1. L'armée franque, recrutée par la levée en masse, comprenait à la fois des Barbares et des Romains.

CHAPITRE IV

La donation *mortis causa* au temps des Croisades.

Comment elle se transforme en testament.

Le retour au testament ne s'est pas fait non plus sans transition : à partir du *xi^e* siècle nous voyons la donation *mortis causa* s'en rapprocher insensiblement.

Tandis que dans la donation germanique, dans *l'affatomie*, le donateur se trouvait dépouillé immédiatement de la toute propriété ou, au moins, de la nue propriété (en cas de réserve d'usufruit) des biens légués, dans la donation *mortis causa*, telle qu'elle se pratique au temps des Croisades, les biens restent la propriété du donateur qui les administre ou les fait administrer en son nom, celui-ci a simplement fait une donation à terme ; ce n'est qu'à sa mort que les biens par lui légués deviendront la propriété du

donateur qui, jusque-là, a un droit irrévocable, il est vrai, mais suspendu.

De plus, en matière de testament militaire, ce droit reste subordonné pour le donataire à la mort ou à la capture du donateur, qui, en cas de retour, rentre en possession des biens qu'il avait donnés à son départ pour la Terre Sainte (1). Peut-être ce privilège de fond est-il une survivance du capitulaire de Charlemagne que nous avons étudié au chapitre précédent.

M. Auffroy écrit sur la période que nous étudions :

1. *Charta qua Willelmus de Porta, Hierosolymam profisciscens, dat diversas res monasterio cluniacensi, si obierit in via Hierosolymitana.*

1150 environ.

Ego Willelmus de Porta, si obiero in via de Iherusalem, dimitto Deo et Sancto Petro quadraginta solidos de wadio, in vinea Ingerbaldi et Letardi, fratris ejus, Johannisque nepotis ejus, apud Meles, juxta Rochiam, et de quatuor modiis vini, trigenta solidos, sicut vendidi eidem Ingelbaldo; fidejussor hujus venditionis, Wido vicarius; et XX solidos quos debet mihi idem Ingelbaldus, et de cellario quod mihi Bertrannus filius Anselmi, ingadiavit XX solidos, quorum fidejussor est Jocerannus Boterius. Testes hujus doni: Rainaldus Rufus et Wido Patuerius. Quod si rediero, XX solidos dabo Deo et Sancto Petro.

(Au dos.) *Carta Willelmi de Porta.*

(C. DE CLUNY, tome V, page 507, n° 4145.)

« Cependant le besoin d'actes révocables commençait à se faire sentir de façon pressante. Les croisades et les longs exodes en Terre Sainte, dont elles ont donné le signal, en ont accentué la nécessité..... Un certain Bernard Veredun, en partant pour Jérusalem, laisse à son beau-frère et à sa sœur des biens immobiliers dont il pourra reprendre la moitié, s'il revient, moyennant le payement de 15 sous..... Ce qu'il est intéressant de constater c'est que nous sommes en présence d'une donation *mortis causa* bien caractérisée (1). »

C'est ainsi que l'idée de révocabilité se fait jour peu à peu et que la donation *mortis causa* se transforme en testament.

Nous trouvons un curieux exemple de donation militaire dans le cartulaire de saint Pierre de Chartres.

Arnulf, fils d'Osburg, part à la Croisade. Au cas

1. CLUNY, n° 3755 (c. 1100), t. V, p. 108:

In nomine Domini nostri Jesu Christi. Bernardus Veredunus, commotus exemplo volentium salvare animas suas, proficiscens Jherusalem relinquit honorem suum de Varin-gis et domum suam de Cluniaco, cum omni, supelleptile domus et ortum qui adheret domui, Theobaudis sororio suo et Girberge sorori sue, tali condilione, ut, si redierit parcientur per equas partes et reddiderit quindecim solidos Theobaudus. Si vero obierit, Theobodus et uxor ejus habeant omnia in pace. Concedentibus, etc.

où il ne reviendrait pas, il lègue à une église de l'argent, du vin, des terres, etc., pour entretenir les lampes sacrées. L'acte est passé par écrit, devant témoins, et vraisemblablement scellé de leur sceau ainsi que de celui du donateur.

C'est là le mode normal de donner, mais tous les chevaliers ne pensent pas à faire une donation avant de se croiser et il peut arriver qu'en route ou sur le champ de bataille, malades ou blessés à mort, ils aient besoin d'exprimer leurs dernières volontés. Quel moyen emploieront-ils alors ? Nous n'avons aucun renseignement pour le XI^e siècle mais nous trouvons un exemple se rapportant à un croisé du XIV^e.

Enguerran de Coucy, captif à Brousse et sentant venir sa fin (il devait mourir quelques jours après) rédige ou plutôt fait rédiger, le 16 février 1398, un codicille à son testament resté en France.

« En l'absence de son scel, dit M. Jean Engelmann à qui j'emprunte ce qui va suivre, *in defectu notarii publici*, et probablement dans l'impuissance où sa faiblesse l'avait mis, il ne le signa ni scella, mais le fit rédiger en présence de douze personnages captifs comme lui, qui *in absencia suorum sigillorum*, se contentèrent de signer ledit codicille, *propriis manibus nomina sua*. Il est certain, dit l'auteur, qu'au point de vue légal un tel acte eût dû être considéré

comme nul ; les circonstances particulières qui entourèrent sa confection le firent à coup sûr valider par les tribunaux où l'exécution fut portée. »

Or, aussi bien au ^x^e siècle qu'au ^{xiv}^e, il est vraisemblable que les croisés qui ne peuvent transmettre leurs biens suivant les règles ordinaires du droit, le font en se rapprochant autant que possible des formes légales. Ils ont recours à un clerc qui rédige l'acte et des compagnons d'armes se portent garants de son authenticité. Quand cette voie leur est fermée, il est hors de doute que les mêmes croisés recourent au testament purement oral et nuncupatif et s'en remettent à l'honneur et à la bonne foi des témoins pour faire connaître leurs ultimes volontés.

Du reste, la plupart des coutumes ne sont pas hostiles au testament nuncupatif, même pour les non-militaires. Beaumanoir écrit dans ses coutumes du Beauvoisis : « *Testament qui est fes sans escrit, pot bien valoir quant il est tesmongniés par le serement de deus loiax tesmoins, sans nule souspechon et qu'il soient tel qu'il n'aient nul porfit el testament ; car s'il y attendoient à avoir porfit, lor tesmongnages ne vaurroit riens. Et cha en arrière ne vausist pas li testamens qui ne fust escriis s'il ne fust tesmongniés par cin q persones, si comme noz avons entendu des seigneurs de lois ; mes nostre coustume a corrompue*

ceste loi et suefre que testamens se prueve par deux loiax tesmoins, et aussi font toutes autres quéreles, selonc nostre coutume (1). »

Ainsi Beaumanoir nous parle du testament nuncupatif comme d'une chose courante à son époque : dans le Beauvoisis ses contemporains sont très larges, puisqu'il leur suffit de l'attestation de deux témoins pour déclarer un testament valable. Autrefois, dit-il, on était plus exigeant, il fallait cinq témoins ; mais quel que pût être le nombre de ces derniers il est bien évident qu'à l'époque des croisades on pouvait, en pays de coutumes, se passer d'écrit pour un testament civil, *à fortiori* pour un testament militaire.

Dans les pays de droit écrit la question ne se pose même pas, là c'est le droit de Justinien qui fait loi et le testament nuncupatif militaire s'est maintenu et se maintiendra, malgré l'ordonnance de Moulins, jusqu'à celle de 1735.

1. XII, 40. Page 197. Édition Beugnot.

CHAPITRE V

Le testament militaire de la Renaissance du Droit Romain à l'ordonnance de Moulins (1566).

Nous avons vu que depuis l'époque romaine et pour des raisons de pratique, par la force même des choses, le testament militaire ou la donation *mortis causa* militaire avaient, même en pays de coutumes, conservé plus ou moins leur forme nuncupative.

Lorsqu'au ^{xiii}^e siècle, sous l'influence des légistes, le droit romain s'est répandu dans les pays du nord, la situation du testament nuncupatif militaire s'est trouvée consolidée : ce qui n'était autrefois qu'un expédient est devenu la légalité.

Au ^{xiv}^e siècle le Grand Coutumier de France dit textuellement : « *En pays de droit escript qui veut faire testament de nécessité il faut cinq ou six témoins ; en pays coutumier deux ou trois témoins suffisent, et sans témoing, aucun testament ne vaut,*

non mie testament escript de la propre main du testateur s'il n'est chevalier et qu'il soit en cas périlleux comme au conflit de guerre. »

Plus tard, Le Caron dans son commentaire sur cet ouvrage après avoir rappelé ce passage, écrit : « Notre Auteur (du Coutumier) adjouste pour toutes les solennitez qu'il a proposées, tant pour le pays de droit escript que coutumier, une exception au testament militaire dont n'est disposé par les coustumes mais par le droit romain... Il use du terme de Chevalier, mais on le peut entendre de tout guerrier qui teste en l'armée, comme j'ai plus amplement discoursu au troisième livre des Pandectes et Dumoulin et autres ont observé que le testament militaire peut être nuncupatif, encore qu'à présent pour autres personnes tel testament ne soit receu ainsi que par arrêt du 6 juin 1594 a été jugé. »

Nous trouvons dans Froissart un exemple de testament nuncupatif militaire.

Le capitaine Geoffroy Teste Noire, assiégé en 1388 dans son château de Vantadour, voulant faire son testament, rassemble autour de lui ses compagnons d'armes et s'exprime ainsi :

« Premièrement, je laisse à la Chapelle Saint Georges (qui sied au clos de céans), pour les réparations et réédifications, mille cinq cents francs ;

*En après, à ma mie (qui loyalement m'a servy),
deux mille cinq cents francs ;*

*En après, à Allain Roux, vostre capitaine quatre
mille francs ;*

Item à mes valets de chambre, cinq cents francs ;

*Item le surplus, je le laisse et donne ainsi que vous
dirai; vous estes (comme il me semble) environ trente
compagnons d'un fait et d'une entreprise, et devez
estre frères et d'une même alliance, sans débat et
riotte, ni estrif entre vous. Tout ce que je vous ai dit,
vous le trouverez en l'arche, si départirez le surplus
entre vous bellement et si ne pouvez estre d'accord, et
que le diable se mette entre vous, voila une hache
bonne et forte et bien tranchante, rompez l'arche, et
puis en ait qui pourra (1). »*

De tels testaments étaient sans nul doute efficaces; Dumoulin l'affirme dans son commentaire sur la coutume de Nivernais et plus tard Maynard ajoute qu'autrefois les testaments militaires étaient valables sans aucune formalité.

La doctrine et la jurisprudence étaient donc fixées dans le sens de la validité du testament nuncupatif militaire, lorsqu'en 1560 une ordonnance décide que

1. LE GENDRE, Thèse, 1890 : *Du testament militaire à Rome*, p. 132.

tous les testaments devront, à l'avenir, être signés par leur auteur.

Puis c'est l'ordonnance de Moulins qui en 1566 porte dans son article 54 :

« Pour obvier à multiplication de faits que l'on a vû ci-devant estre mis en avant, en jugement sujets à preuve de témoins, et reproche d'iceux, dont adviennent plusieurs inconveniens et involutions de procès : avons ordonné et ordonnons que d'oresnavant de toutes choses excédans la somme ou valeur de cent livres pour une fois payer, seront passez contrats par-devant notaires et témoins, par lesquels contrats seulement, sera faite et reçüe toute preuve és dites matières, sans recevoir aucune preuve par témoins, outre le contenu au contrat, ne sur ce qui seroit allégué avoir esté dit ou convenu avant icelui, lors et depuis. En quoi n'entendons exclure les preuves des conventions particulières, et autres qui seroient faites par les parties sous leurs seings, sceaux et écritures privées. »

Cette ordonnance, il est certain, n'avait pour but que de faciliter la preuve des actes entre vifs et laissait les testaments de côté. C'est du reste ainsi que la comprennent les contemporains : Le Caron, Dumoulin, Cujas et autres jurisconsultes. Ce n'est que plus tard, au xvii^e siècle, que dans les pays de coutu-

mes, on s'appuiera sur l'ordonnance de 1566 pour annuler les testaments nuncupatifs militaires, tandis que, dans les pays de droit écrit, les Parlements continueront, comme par le passé, à valider ces testaments jusqu'à ce que l'ordonnance de 1735 dont il a été parlé plus haut, vienne les prohiber.

CHAPITRE VI

Le testament militaire, de l'ordonnance de Moulins à l'ordonnance d'août 1735.

Les guerres de religion sont une source féconde de testaments nuncupatifs militaires.

Ces testaments, bien que la plupart postérieurs à l'ordonnance de Moulins, n'en sont pas moins reconnus valables, aussi bien en pays de coutumes qu'en pays de droit écrit. Nous avons dans ce sens deux arrêts formels des Grands Jours de Clermont, dont l'un, à la date du 22 novembre 1582, statue sur la coutume de Sens et permet à une fille de faire la preuve par témoins du testament militaire de son père.

Les Parlements du Midi sont, cela va sans dire, d'une opinion conforme (Bordeaux).

A côté de la forme nuncupative, le militaire en dan-

ger de mort en a encore une autre à sa disposition : il peut s'adresser à l'aumônier de son corps, qui a qualité pour recevoir les testaments des soldats ; dans ce cas il fait fonctions de curé.

L'aumônier partage ces attributions avec le Grand Prévôt ou Prévôt de la Connétablie. C'est un juge d'épée chargé d'instruire les procès des gens de guerre à l'armée, sauf pour ceux-ci le droit d'en appeler au Parlement.

Certains corps, comme les régiments suisses, ont leurs prévôts particuliers.

Et non seulement à cette époque des guerres de religion le testament militaire jouit de privilèges de forme, mais aussi de privilèges de fond.

La prétérition des descendants ou des ascendants ne le rend pas nul, suivant le § 6 aux Institutes : *de exheredatio liberorum*. Toutefois, la plupart des jurisconsultes contemporains accordent la légitime aux descendants et aux ascendants, suivant l'opinion de Dumoulin dans ses notes sur le conseil 578 de Décius. Telle est la jurisprudence de Toulouse. (Arrêt du 4 décembre 1571.)

De plus, par l'édit de mai 1576, sur la pacification des troubles du royaume, les protestants, les religieux fugitifs, la convocation des États Généraux, etc... Henri III entre autres mesures ayant

pour objet de ramener la paix déclare : « *Les exhérédations ou privations, soit par disposition d'entre vifs ou testamentaires, faites en haine de la religion ou des troubles, n'auront lieu, tant pour le passé que pour l'advenir au préjudice des catholiques de l'union, ny de ceux de ladite religion prétendue réformée : pourveu qu'il n'y ait autre cause que du fait d'icelle religion et prinse des armes. Entendons aussi que le semblable soit gardé pour le regard des exhérédations ou privations faites en haine de la religion catholique ; et néanmoins les testamens militaires qui ont été faicts durant lesdits présens et précédens troubles, tant d'une part que d'autre, vaudront et tiendront selon la disposition de droict. »*

Pour quelle raison les testaments militaires échappent-ils à la révocation pour cause de haine religieuse ?

La cause paraît assez difficile à trouver. C'est peut-être simplement que, tandis que dans le testament écrit, on peut déduire le motif de l'exhérédation du contenu de l'acte, dans le testament militaire, purement nuncupatif, le juge manquerait de preuves pour décider si les motifs qui ont poussé le testateur à écarter ses héritiers naturels de sa succession sont d'ordre religieux ou de droit commun.

Mais dès le début du xvii^e siècle, tandis que la doc-

trine reste favorable aux testaments nuncupatifs militaires, nous voyons les Parlements du nord les annuler, sous le couvert de l'ordonnance de Moulins.

Le premier arrêt hostile à cette sorte de testament, rendu sur les conclusions d'un sieur Lebret, date de juin 1619.

Bretonnier, avocat au Parlement, qui a commenté longuement cette matière, s'élève avec véhémence contre cet arrêt : « *La difficulté, dit-il, est de scavoir quelle preuve écrite est requise, s'il faut qu'elle soit écrite de la main du testateur, ou par son ordre pendant sa vie ; ni l'un ni l'autre ne peut être exécuté quand le soldat meurt dans l'action : ainsi en désirant une preuve écrite dans le péril, c'est retrancher aux soldats la liberté de tester ; aussi cela n'est-il pas nécessaire ; quand un soldat ou un officier est blessé à mort dans une action, il déclare sa volonté en présence de ceux qui sont proches de lui, lesquels vont ensuite devant le prévôt de l'armée ou devant un des notaires de l'armée, ou pardevant le juge ou un notaire de la ville la plus prochaine déclarer les dernières volontés du défunt. Si c'est pardevant le prévôt de l'armée ou un juge, il donne acte aux témoins de leurs déclarations et les fait rédiger par écrit par un greffier qui en délivre des expéditions à ceux qui en veulent. Si c'est un notaire, il reçoit et rédige*

lui-même par écrit les déclarations des témoins et en délivre des expéditions, et ces expéditions sont des preuves par écrit de la volonté du défunt (1). »

Ainsi Bretonnier soutient, en sorte, une forme de testament mixte. Les témoins recueilleraient les dernières volontés du soldat et, aussitôt que les circonstances le permettraient, ils se présenteraient devant le Grand Prévôt, un notaire ou un juge, toutes personnes ayant qualité pour recevoir les testaments.

Nous possédons un testament rédigé dans ces formes, c'est celui du comte d'Albon, tué pendant les guerres d'Italie ; c'est le major du régiment qui requiert le Grand Prévôt de recevoir les dernières volontés du défunt :

« A Monsieur le Grand Prévôt de l'armée en Italie.

« Sur ce que nous avons appris que Messire Claude d'Albon, capitaine de carabiniers de la brigade d'Aubeterre, auroit été blessé à l'escorte des fourages le 30 juin dernier à la tête d'une troupe de carabiniers qu'il commandoit, et qu'avant de mourir, il avoit déclaré sa dernière volonté en présence de plu-

1. Œuvres de CLAUDE HENRYS commentées par BRETONNIER, t. III, p. 162.

sieurs personnes, par laquelle il dispose de tous ses biens ; et, comme en qualité de major des carabiniers, il est de mon devoir de mettre en sûreté les affaires des officiers après leur mort, et de faire mettre en règle les dernières volontés, je m'adresse à vous, Monsieur, pour vous prier d'entendre les personnes qui étoient présentes lors de la mort dudit seigneur d'Albon, qui sont dépositaires de ses dernières volontés.

Ce considéré, Monsieur, il vous plaise recevoir les déclarations de six témoins sur les dernières volontés dudit seigneur d'Albon, le tout pour servir et appuyer le droit de qui il appartiendra, et ferez justice. Signé Rodot, major des carabiniers. Présenté le 2 juillet au camp de Rivalta en Italie. Duché de Mantoue. »

Sur cette réquisition, le Grand Prévôt procède à la confection du testament dont la teneur suit :

« Pardevant nous, Louis Gilles Binot, Chevalier seigneur de Touteville, Conseiller du Roi, Prévôt Général des Camps et Armées du Roi en Italie, s'est présenté le sieur Jean Jonart, chirurgien-major du régiment d'Ourche, cavalerie, lequel après serment par lui fait de dire vérité, nous a dit pour l'honneur et acquit de sa conscience, qu'étant appelé et mandé pour aller secourir et panser Messire Claude d'Albon,

capitaine des carabiniers, le trente juin dernier, environ sur le midi, qui avoit été blessé à l'escorte du fourage à la tête d'une troupe de carabiniers qu'il commandoit, et où il fut attaqué par des ennemis à une lieue du camp ; icelui Jonart se seroit rendu en toute diligence, et auroit trouvé couché par terre ledit seigneur d'Albon blessé du côté gauche, plein de sang, et lui ayant levé la chemise, il lui auroit fait une incision par laquelle ayant connu qu'il n'en pouvoit revenir, il auroit dit d'aller chercher un confesseur ; alors ledit seigneur d'Albon qui étoit de bon sens, dit à intelligible voix à tous ceux qui étoient présens, qu'il les prioit de déclarer que son intention et dernière volonté étoit que sa sœur la cadette fût son héritière généralement de tous ses biens ; ce qu'il répéta plusieurs fois, et mourut un quart d'heure après : et fait ledit Jonart la présente déclaration en sa conscience, comme dit est, après avoir prêté serment pardevant Nous, que le contenu en icelle est véritable, et que ce sont les mêmes termes et mots qu'il a entendu prononcer audit seigneur d'Albon avant sa mort.

En foi de quoi il a signé avec Nous et Maître Louis Maffey, notre greffier, au camp de Rivalta, en Italie, duché de Mantoue, à l'armée du Roi commandée par Monseigneur le duc de Vendôme, le 3 juillet 1702.

Signé : Jonart, Binot de Touthville et Maffey, greffier. »

Les dépositions des autres témoins étant conformes on se dispensera de les transcrire ici.

Mais la jurisprudence ne devait pas borner ses exigences à faire rédiger par le prévôt les volontés du *de cujus* recueillies par ses compagnons d'armes.

En 1717, un testament reçu dans de telles conditions est annulé par le Parlement de Paris.

Il s'agit du cas suivant :

Le capitaine Thomas Lutrel, du régiment de Berwik, Irlandais, confie pendant la guerre d'Espagne de 1705, pour le cas où il viendrait à périr, ses dernières volontés à deux autres officiers. Quelques jours après il est fait prisonnier à l'attaque de Badajos, laissant pour toute fortune des rentes sur l'Hôtel de Ville de Paris (1), qui, suivant la Déclaration du 7 décembre 1715, sont réglées et jugées suivant la coutume de Paris.

Il faut faire remarquer ici que, suivant les lois contemporaines, la succession de tout prisonnier de guerre est considérée comme ouverte.

Les deux témoins se présentent donc six mois après

1. Les rentes sur l'Hôtel de Ville n'étaient pas, comme leur nom pourrait le faire supposer, une dette municipale, mais une dette royale.

devant le Prévôt Général de l'armée pour qu'il procède à la rédaction du testament du défunt, dont voici la teneur :

« Le 18 novembre 1706 pardevant nous Raimond Deces, Prévost général des Armées des deux couronnes en Espagne, ont comparus les Sieurs Vincent Obriant et Reffeifding (1), Capitaines dans le second Bataillon de Berwik (2), Irlandois, lesquels nous ont dit et déclaré, que dans le mois de septembre de l'année dernière 1705, étans en compagnie du sieur Thomas Lutrel, Capitaine Reformé à la suite du second Bataillon du régiment de Berwick.

Lequel leur ayant représenté que depuis assez longtemps il étoit camarade du sieur Booth aussi capitaine dans le même Bataillon, et auquel il avoit de grandes obligations.

Soit pour lui avoir conservé la vie dans certaines occasions qu'autrement, et qu'il étoit bien fâché de n'avoir pas ses Papiers en main, étant alors dans le village de Jarmora en Estramadoure ; lesquels Papiers il avoit laissés en Salamanque en Castille, dans le temps que ledit sieur Lutrel avoit esté détaché pour aller au siège de Gilbartar (1) et que s'il avoit eû les-

1. OU REFFEILDING, OU REFLEILDING.

2. OU BERWICK.

3. OU GIBRALTAR.

aits Papiers, il auroit donné audit sieur Booth deux mille écus.

Et au même temps ayant prié lesdits sieurs Obriant (2) et Reffeilding de remarquer que si quelque accident lui arrivoit, en attendant qu'il auroit laissé et donné au fils dudit sieur Booth deux mille écus.

Et le lendemain matin ledit sieur Lutrel, en l'absence dudit sieur Booth, leur ayant de nouveau représenté s'ils se souvenoient de ce qu'il leur avoit dit le jour auparavant à l'égard du fils dudit sieur Booth.

A quoy lesdits sieurs Obriant et Reffeilding répondirent qu'ils s'en souvenoient parfaitement bien.

Et dans ce même moment ledit sieur Lutrel leur répliqua pour une seconde fois, qu'il venoit encore ce matin à jeun les prier bien fort de se ressouvenir, si par malheur quelque accident lui arrivoit, qu'il avoit donné et laissé au fils dudit sieur Booth deux mille écus, et le reste à ses sœurs.

Outre déclarent lesdits sieurs Obriant et Reffeilding, que dix ou quinze jours après, l'armée ayant marché pour aller à Badajos, qui estoit assiégée par les Portugais, où ledit sieur Lutrel a esté fait prisonnier de guerre, lequel peu de jours après écrit

1. ou OBRIAN.

audit sieur Booth de lui envoyer de l'argent, ce que le même sieur Booth ayant fait au moyen de Lettres de Change qu'il lui envoya de crédit sur ses Parens qui estoient pour lors dans les Ennemis.

Laquelle présente déclaration lesdits sieurs Obrian et Reffeilding ont certifié véritable au serment par eux fait.

Fait et passé au Camp devant Cartagène lesdits jour, mois et an que dessus : En foy ils ont signé avec Nousel notre Greffier, à l'original Vv. Obrian, Refleilding, Deces, Prévôt, et la Campaigne Greffier, signé Dupoy, Commis Greffier. »

Ce testament fait naître un curieux conflit de droit international privé. Quelle loi appliquer ici, la loi espagnole qui est celle du lieu, la loi anglaise qui est la loi nationale du capitaine Lutrel, où la loi française qui régit les rentes sur l'Hôtel de Ville qui forment le patrimoine du testateur ?

Loi espagnole — L'Espagne à cette époque est régie par le droit romain qui « ne désire autre chose pour la validité du testament militaire, qu'une écriture sur le bouclier, ou sur les armes du testateur, ou sur la terre, ou sur la poussière ; et à défaut d'écriture deux témoins qui attestent la disposition. »

Le docteur espagnol Alfonse de Montalve, qui a commenté le droit romain sur le point qui nous inté-

resse, écrit : « *Miles in castris cum duobus testibus vocatis et rogatis, in prœlii discrimine constitutus quandopossit et velit, etiam cum sanguine in armis, vel in terra, vel in arena scribens testabitur, et valebit quod disposuit, dum tamen duobus testibus probetur, etc.,* » ut *L. Milites, cod. de milit. Testam quæ concordat cum hac lege.* »

Ainsi aux termes du droit romain et du droit espagnol le testament est régulier.

Au surplus il n'y a aucun terme limité pour la déposition des témoins. Le testament subsiste tant que le testateur reste dans le service, même un an après qu'il quitte l'armée : « *Testamentum a milite jure militari semel factum tandiu valet quandiu testator erit miles. Imo et post annum adie honestatæ missionis.* »

Loi anglaise. — Cowel dans ses *Instituts, Juris Anglicani*, libro 2, tit. II, écrit : « *Testamentum est duplex scriptum, vel nuncupativum, sed per nuncupativum terræ dari non possunt.* » Il n'y a pas de forme particulière pour le testament militaire : « *Nullum militaris testamenti privilegium jus nostrum relinquere potest quod paganorum ultimis voluntatibus nullum fere negat.* »

Fleta, célèbre jurisconsulte et chancelier d'Angleterre, livre 2, chapitre 57, *De testamentis*, dit que le

testament nuncupatif doit se faire devant deux témoins.

Perkins est du même avis.

Mais les lois d'Angleterre et d'Irlande, conformément à l'acte du Parlement passé sous le roi Charles II, la vingt-neuvième année de son règne, pour arrêter le cours aux fraudes et parjures ont statué.

1^o Que tout testament nuncupatif et militaire est nul quand la chose léguée excède la valeur de 30 livres sterling, à moins qu'il ne fût attesté par trois témoins.

Or, dans le testament du capitaine Thomas Lutrel on n'en trouve que deux, de plus le montant total des legs est de 2.000 écus.

2^o Par le même acte du Parlement, tout testament nuncupatif est nul, à moins qu'il ne soit fait pendant la dernière maladie du testateur.

Or Thomas Lutrel était en pleine santé quand il a fait son testament et il a survécu plusieurs mois.

3^o Par ledit acte du Parlement, tout testament nuncupatif militaire est nul lorsqu'il est fait dans un quartier, hors d'une expédition actuelle militaire, à moins que ledit testament ne soit rédigé par écrit dans les six jours.

Or le testament de Thomas Lutrel a été fait dans un quartier de rafraîchissement, comme on disait alors, hors d'une expédition actuelle militaire ; il

n'a été rédigé par écrit que quatorze mois après.

4° Le même acte du Parlement ordonne que les témoins soient entendus séparément et hors la présence les uns des autres; dans celui de Thomas Lutrel cette prescription n'a pas été observée.

Loi française. — La loi française, nous la connaissons : s'appuyant sur l'ordonnance de Moulins, elle rejette le testament nuncupatif militaire.

Or ce n'est pas plus la loi d'Espagne (la seule des trois qui pourrait valider le testament du capitaine Lutrel) que la loi anglaise qui régit les immeubles de France (car il ne faut pas oublier que dans l'ancien droit, les rentes sur l'Hôtel de Ville étaient immobilières); donc personne ne peut disposer de ses immeubles situés dans le royaume par un testament nuncupatif, parce que la preuve par témoins n'existe plus alors au-dessus de 100 livres.

Aussi la Cour « *par son jugement et arrest, a mis et met l'appellation et sentence, de laquelle a esté appellé, au néant, émandant, ayant égard aux demandes desdits Lutrel (ce sont les héritiers naturels du Capitaine) sans s'arrêter au testament dudit Thomas Lutrel, déboute ledit Booth de toutes les demandes par luy formées, faites tant en cause principale que d'appel, pour raison du legs de 6.000 livres, fait pleine et entière mainlevée des saisies faites à sa re-*

quête ; en conséquence ordonne que les Payeurs de Rentes et autres débiteurs de la succession dudit Lutrel, vuideront leurs mains en celles desdits Lutrel à ce faire contraints, quoy faisant déchargés ; condamne ledit Booth en tous les dépens des causes principales d'appel, et d'amendes, même en ceux réservés par l'arrêt du 24 avril 1714, la taxe des adjugés et l'exécution du présent arrêt à notre dite Cour, en la quatrième Chambre des enquêtes, réservés.

Donné à Paris en Parlement le 20 janvier, l'an de grâce 1717 (1). »

Ainsi par cet arrêt, la Cour efface les derniers vestiges du testament muncupatif militaire et l'ordonnance de 1735 ne changera rien en pratique, lorsqu'elle déclarera dans son article 1^{er} que « toutes dispositions testamentaires ou à cause de mort, de quelque nature qu'elles soient, seront faites par écrit. Déclarons nulles toutes celles qui ne seroient faites que verbalement et défendons d'en admettre la preuve par témoins, même sous prétexte de la modicité de la somme dont il auroit été disposé ».

1. Arrêt de la Cour de Parlement, fév. 1717. (Archives A D+741.)

CHAPITRE VII

Le testament militaire dans l'ordonnance d'août 1735.

PRIVILÈGES DE FORME

Nous avons déjà vu que les prévôts et aumôniers des armées, à une date que nous ne connaissons pas exactement, ont reçu qualité pour rédiger les testaments des militaires en campagne.

Mais les prévôts sont peu nombreux, les aumôniers restent le plus souvent attachés aux hôpitaux de campagne, il peut arriver qu'un soldat blessé ne puisse faire, entre les mains de ses camarades, qu'un testament irrégulier et nul, comme celui de Thomas Lutrel.

C'est ce qui a provoqué, dans l'ordonnance d'août 1735, la rédaction des articles 27, 28, 29, 30, 31, 32 et 37 (1).

1. Cette ordonnance régit la matière des testaments militaires dans toute la France : « La forme prescrite par cette ordonnance, pour cette espèce de testament est commune

L'article 27 énumère les personnes capables de recevoir un testament militaire : « *Les testaments, codicilles et autres dispositions à cause de mort de ceux qui servent dans nos armées, en quelque pays que ce soit, pourront être faits en présence de deux notaires ou tabellions, ou en présence de deux des officiers ci-après nommés, savoir : les majors et les officiers d'un rang supérieur, les prévôts des camps et armées, leurs lieutenants ou greffiers et les commissaires des guerres, ou de l'un desdits officiers avec deux témoins, et en cas que le testateur soit malade ou blessé, il pourra aussi faire ses dernières dispositions en présence d'un des aumôniers de nos troupes ou des hôpitaux avec deux témoins, et ce, encore que lesdits aumôniers fussent réguliers.* »

Reprenons les personnes dénommées dans cet article 28 comme aptes à recevoir les testaments militaires.

Nous trouvons d'abord le notaire ou tabellion, soit au nombre de deux, soit seul avec deux témoins. C'est la forme normale du testament public, tel qu'il a été réglementé à l'article 23 de l'ordonnance. Il va

aux pays de droit coutumier et de droit écrit, comme il paraît des articles 27 et 29. » FURGOLE, Livre I., chap. II, sect. III, § 59.

sans dire que le testament devant notaire ne peut être effectué qu'en cas de guerre à l'intérieur, car le ressort des notaires, au XVIII^e siècle, comme aujourd'hui, est territorial et ne leur permet pas de suivre les armées.

L'ordonnance nomme ensuite les majors ou officiers d'un rang supérieur. Le major est aujourd'hui le chef de bataillon ou d'escadron et les officiers supérieurs sont les lieutenants-colonels, colonels, brigadiers d'armée, maréchaux de camp et lieutenants généraux. Ces grades sont à peu près équivalents aux nôtres, avec cette différence toutefois qu'ils sont moins nettement hiérarchisés.

Le colonel d'infanterie, par exemple, tout en étant chef de corps, conserve le commandement effectif de la 1^{re} compagnie, le lieutenant-colonel celui de la 2^e. Le brigadier d'armée et le maréchal de camp finiront par se confondre, sous la Révolution, dans le grade de général de brigade.

Ensuite nous voyons les prévôts des camps et armées et leurs lieutenants ou greffiers.

Nous nous sommes expliqués plus haut sur ces juges d'épée et leurs fonctions. Il faut toutefois ajouter qu'au milieu du XVIII^e siècle les prévôts se déchargent de plus en plus sur leurs subordonnés de leurs fonctions testamentaires, aussi dans le testament

militaire de cette époque, nous ne voyons plus apparaître le prévôt, c'est le greffier seul qui reçoit le testament et signe la minute.

Les commissaires des guerres rappellent assez les fonctionnaires de l'Intendance actuels. Ils remplissent en outre les fonctions qui aujourd'hui incombent au Grand Chancelier et au Conseil de l'Ordre, à la remonte et au service géographique de l'armée.

Tous ces officiers et fonctionnaires militaires reçoivent les testaments soit au nombre de deux, soit seuls avec deux témoins. Dans les cas urgents, lorsque le testateur est malade ou blessé, l'aumônier a qualité pour recevoir le testament, en présence de témoins, quand bien même il serait régulier.

Bien que l'organisation officielle des aumôniers militaires ne date que de 1760 il y avait, lors de l'ordonnance de 1735, un certain nombre de séculiers et de réguliers à la suite des armées (1).

L'article 28 déclare : « *Le testateur signera les testaments, codicilles ou autres dernières dispositions mentionnées dans l'article précédent s'il sait ou peut signer, et en cas qu'il déclare ne savoir ou ne pouvoir*

1. L'interdiction faite aux personnes publiques, qui reçoivent un testament, d'accepter aucun legs du testateur s'applique même aux aumôniers militaires. FURGOLE, Livre I, ch. II, sect. III, § 68.

le faire, il en sera fait mention. Seront lesdits actes pareillement signés par celui ou ceux qui les recevront, ensemble par les témoins, sans néanmoins qu'il soit nécessaire d'appeler des témoins qui sachent et puissent signer, si ce n'est lorsque le testateur ne saura ou ne pourra le faire, et, à la réserve de ce cas lorsque les témoins ou l'un d'eux déclareront qu'ils ne savent ou ne peuvent signer, il suffira d'en faire mention. »

Cet article ne demande aucune explication. Il est difficile alors de trouver à l'armée (à part les officiers) des hommes sachant lire et écrire, même simplement signer, et lorsque le testament est rédigé dans un poste isolé et que le testateur se trouve en danger de mort, sa confection serait parfois difficile si l'officier commandant le détachement ou l'aumônier devait obtenir la signature des témoins.

De plus l'article 40 porte que pour les testaments militaires, contrairement au droit commun, les étrangers non notés d'infamie, pourront servir de témoins. Cette tolérance est indispensable, l'armée royale comptant de nombreux régiments étrangers dans lesquels il serait presque impossible de recevoir un testament militaire, faute de témoins régnicoles.

L'article 29 permet aux militaires d'employer la forme olographe : « *Seront aussi valables les testa-*

ments, codicilles et autres dispositions à cause de mort de ceux qui servent dans nos armées, en quelque pays, que ce soit, lorsqu'ils seront entièrement écrits, datés et signés de la main de celui qui les aura faits. Déclarons nuls tous ceux qui ne seront pas revêtus au moins d'une des formes portées aux deux articles précédents et au présent article.»

L'article 30 limite la portée du testament militaire aux soldats en campagne ou en garnison à l'étranger ou dans une place en état de siège réel : *« La disposition des articles 27, 28 et 29 n'aura lieu qu'en faveur de ceux qui seront actuellement en expédition militaire ou qui seront en quartier ou en garnison hors du royaume, ou prisonniers chez les ennemis, sans que ceux qui seront en quartiers ou en garnison dans le royaume, puissent profiter de la disposition desdits articles, si ce n'est qu'ils fussent dans une place assiégée, ou dans une citadelle ou autre lieu, dont les portes fussent fermées et la communication interrompue à cause de la guerre.»*

Toutefois les civils qui sont à la suite des armées : vivandiers, mercantis, domestiques, etc., pourront tester militairement. Article 31. *« Ceux qui, n'étant ni officiers, ni engagés dans nos troupes, se trouveront à la suite de nos armées ou chez les ennemis, soit à cause de leurs emplois ou fonctions, soit pour le service*

qu'ils rendent à nos officiers, soit à l'occasion de la fourniture des vivres et munitions de nos troupes, pourront faire leurs dernières dispositions dans la forme portée par les articles 27, 28 et 29 et dans les cas marqués par l'article 30 (1). »

Mais si les formes de tester décrites au commencement de l'article 27 et de l'article 29 sont des formes régulières, qui conservent leur pleine validité jusqu'à révocation du testament, il en va différemment des autres qui sont des formes privilégiées qui ne s'expliquent guère que par des conditions de nécessité pratique.

Aussi ces dernières ne sont-elles que provisoires et ne sont-elles valables que jusqu'au moment où le soldat rentré dans ses foyers aura la faculté de tester normalement ; d'où l'article 32. *« Les testaments, codicilles et autres dispositions à cause de mort, mentionnés dans l'article précédent demeureront nuls, six*

1. « Le privilège de pouvoir tester et disposer *jure militari* compète, non seulement aux officiers et aux soldats qui servent dans les armées, en vertu d'un engagement particulier, mais encore à toutes les personnes qui n'étant ni officiers, ni engagées dans les troupes du roi, se trouveront à la suite de ses armées, ou chez les ennemis, soit à cause de leurs emplois ou fonctions, soit pour le service qu'ils rendent aux officiers, soit à cause de la fourniture des vivres et munitions des troupes du roi. » FURGOLE livre I, chap. II, sect. III, § 90.

mois après que celui qui les aura faits sera revenu dans un lieu où il puisse avoir la liberté de tester en la forme ordinaire, si ce n'est qu'ils fussent faits dans les formes qui sont requises de droit commun, dans le lieu où ils auront été faits. »

PRIVILÈGES DE FOND

L'article 53 porte : « *Qu'en cas de prétériton d'aucuns de ceux qui ont droit à la légitime, le testament sera déclaré nul quant à l'institution d'héritier, sans même qu'elle puisse valoir comme fidéicommiss ; et si elle a été chargée de substitution, ladite substitution demeurera pareillement nulle : le tout encore que le testament contint la clause codicillaire, laquelle ne pourra produire aucun effet à cet égard, sans préjudice néanmoins de l'exécution du testament en ce qui concerne le surplus des dispositions du testateur* » et l'article 54 ajoute : « *qu'en ce qui concerne les testaments militaires, n'entendons rien innover à ce qui est porté par les lois romaines à cet égard.* »

Ainsi dans un testament ordinaire, au cas où le testateur ne laisse pas la légitime aux héritiers qui y ont droit l'institution d'héritier est déclarée nulle.

Mais cette déchéance ne peut être vraiment efficace

que dans les pays de droit écrit où l'institution d'héritier est nécessaire à la validité des testaments. Encore, comme l'ordonnance n'entend rien innover à ce qui est porté par les lois romaines à cet égard les testaments militaires peuvent-ils se passer de cette institution d'héritier pour les nominations de tuteurs et les legs qui reçoivent pleine exécution, même quand l'institution vient à manquer son effet.

Toutefois, même dans un testament militaire, les personnes instituées qui ont droit à la légitime, peuvent, en plus de cette légitime, faire détraction de la quarte Falcidie sur les legs et de la quarte Trébellianique sur les fidéicommiss.

Lorsque le testament contient la clause codicillaire et que l'institution d'héritier est nulle par suite d'un défaut de solennité, ou de caducité de l'institution, les héritiers naturels reprennent la place de l'héritier institué et retiennent la Falcidie et la Trébellianique en plus de leur légitime.

Enfin l'article 58 contient la disposition suivante :
« Dans le cas porté par l'article 53, où nonobstant la clause codicillaire, l'institution d'héritier ne peut valoir, même comme fidéicommiss, à cause du vice de la prétériton, et où le testament ne subsiste que pour le surplus des dispositions du testateur, ceux qui ont droit de légitime pourront faire la détractation des-

dites quartes Falcidie et Trébellianique sur les legs ou fidéicommiss, et en outre retenir leur légitime sur iceux, en cas que les biens qui leur appartiendront par la nullité de l'institution, ne suffisent pas pour remplir ladite légitime. »

CHAPITRE VIII

Le testament militaire dans le Code Civil.

Le droit intermédiaire, qui a pourtant tant transformé le droit successoral, ne s'est pas inquiété du testament militaire qu'il a laissé vivre sous l'empire de l'ordonnance de 1735.

C'est le Code civil, qui, le premier, est venu modifier cette ordonnance sur certains points.

Nous avons vu qu'à côté des privilèges de forme, qui s'expliquent tout naturellement, l'ancien régime, par respect historique, avait maintenu des privilèges de fond d'origine romaine et d'une justification plus difficile ; c'est de ces derniers que le Code civil s'est tout d'abord débarrassé.

Quant aux personnes compétentes pour recevoir un testament militaire, le Code les limite beaucoup plus étroitement que l'ordonnance.

L'article 981 (1) porte que : « *Les testaments des militaires et des individus employés dans les armées pourront en quelque pays que ce soit, être reçus par un chef de bataillon ou d'escadron, ou par tout autre officier d'un grade supérieur, ou par deux commissaires des guerres (2) ou par un de ces commissaires en présence de deux témoins.* »

Nous remarquons ici qu'il n'est plus question ni des aumôniers militaires, qui ne sont pas encore rétablis, ni du prévôt qui subsiste toujours, mais est confiné dans ses fonctions de police.

Tandis que l'officier qui reçoit le testament agit seul, les commissaires des guerres (fonctionnaires de l'Intendance) doivent être au nombre de deux, ou s'ils sont seuls, il leur faut l'assistance de deux témoins.

L'article 980 qui porte que les témoins appelés pour être présents aux testaments « *devront être*

1. Rédaction primitive.

2. Bien que les commissaires des guerres aient été supprimés par l'ordonnance royale du 29 juillet 1817, rien n'avait été changé au texte du Code, jusqu'au jour de la promulgation de la loi du 8 juin 1893, qui a remplacé les mots « commissaires des guerres » par « fonctionnaires de l'Intendance ». Ces derniers, depuis la création du service de l'Intendance, remplacent en effet les anciens commissaires des guerres, mais sans avoir la totalité des fonctions de ces puissants administrateurs.

mâles, majeurs, sujets du roi, jouissant de leurs droits civils », doit-il être appliqué sans restriction au testament militaire?

Il semble rigoureux d'écarter ici les étrangers qui, dans certains corps comme la légion étrangère ou les régiments indigènes, peuvent, dans certaines circonstances, composer exclusivement les personnes présentes et susceptibles d'attester les dernières volontés d'un mourant.

L'ordonnance de 1735 était plus libérale que le Code, puisqu'elle acceptait, dans le testament militaire, le témoignage des étrangers non notés d'infamie.

Pour les mêmes raisons, quoique les textes soient muets à cet égard, il serait raisonnable de décider que les officiers étrangers ou indigènes qui, dans les corps dont il a été question plus haut, occupent la moitié des emplois d'officier de compagnie, ont qualité pour recevoir les testaments militaires.

L'article 982 (1) donne pouvoir au médecin directeur, à l'officier de santé en chef, comme on disait alors, de recevoir les testaments des malades ou blessés, mais seulement assisté du commandant militaire chargé de la police de l'hospice.

1. Rédaction primitive.

L'article 983 (1) limite l'emploi de ces formes privilégiées à ceux qui sont en expédition militaire, ou en quartier (nous dirions aujourd'hui cantonnés) ou en garnison hors du territoire, ceux qui sont à l'intérieur devant recourir aux formes normales de testament à moins « *qu'ils ne se trouvent dans une place assiégée ou dans une citadelle ou autres lieux dont les portes soient fermées et les communications interrompues à cause de la guerre.* »

Un arrêt du 1^{er} décembre 1815 répute ville assiégée, dans le sens de l'article 983, celle qui a l'ennemi à ses portes, encore qu'il y ait suspension des hostilités ; en ce cas un testament fait dans la forme militaire est valable. Peu importe que les communications soient encore libres et qu'il y ait possibilité de recourir à un notaire.

L'article 984 (1) reproduit l'article 32 de l'ordonnance de 1735 et déclare que le testament fait dans la forme privilégiée des testaments militaires sera nul, six mois après que le testateur sera revenu dans un lieu où il aura la faculté d'employer les formes ordinaires.

Toutefois, le testament militaire est valable après six mois, si, avant l'expiration de ce délai, le testateur

1. Rédaction primitive.

se trouve de nouveau placé dans la position où il était lorsqu'il a fait son testament.

Au cas où le testament militaire est fait à l'étranger, il faut lui appliquer les dispositions de l'article 1000 qui stipule que les testaments faits en pays étranger ne pourront être exécutés sur les biens situés en France, qu'après avoir été enregistrés au bureau du domicile du testateur, s'il en a conservé un, sinon au bureau de son dernier domicile connu en France, et, dans le cas où le testament contiendrait des dispositions d'immeubles qui y seraient situés, il devra, en outre, être enregistré au bureau de la situation de ces immeubles, sans qu'il puisse être exigé un double droit.

Enfin, notons que par application de l'article 909, les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui auront traité un militaire ou toute autre personne employée à la suite de l'armée, pendant la maladie dont elle meurt, ne pourront profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires faites en leur faveur pendant le cours de cette dernière maladie.

Toutefois, ne sont pas interdites les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus.

CHAPITRE IX

Modifications apportées à la rédaction primitive du Code civil.

(Lois du 8 juin 1893 et du 17 mai 1900.)

La loi du 8 juin 1893 a étendu le bénéfice du testament militaire aux marins de l'État, jusqu'alors régis par des ordonnances qui leur étaient communes avec ceux du commerce.

De plus, elle a étendu le nombre des personnes ayant qualité pour recevoir le testament des militaires. Il pouvait arriver, sous l'empire du code, qu'un détachement commandé par un officier subalterne eût un homme blessé grièvement et désirant faire son testament, le cas était relativement fréquent dans les expéditions coloniales. Or personne n'avait qualité pour recevoir les dernières volontés du testateur.

D'après l'article 981 modifié, les testaments des militaires, des marins de l'État et des personnes employées à la suite des armées, pourront être reçus, soit par un officier supérieur en présence de deux témoins, soit par deux fonctionnaires de l'Intendance, ou officiers du commissariat (1), soit par un de ces fonctionnaires ou officiers en présence de deux témoins, soit enfin, et c'est là l'innovation, dans un détachement isolé, par l'officier commandant ce détachement assisté de deux témoins, s'il n'existe pas dans le détachement d'officier supérieur, de fonctionnaire de l'Intendance ou d'officier du commissariat.

Enfin le testament de l'officier commandant un détachement isolé pourra être reçu par celui qui vient après lui dans l'ordre du service.

La loi de 1893 a aussi substitué au commandant militaire chargé de la police de l'hospice, l'officier d'administration gestionnaire (2). Elle ajoute qu'à défaut de ce dernier, la présence de deux témoins sera nécessaire.

Le Code n'exigeait qu'un seul original pour le testament militaire, la loi du 8 juin 1893 veut que dans

1. Le commissariat n'existe plus que dans la marine, le commissariat des troupes coloniales ayant été récemment transformé en intendance coloniale.

2. Généralement un officier d'administration principal ou un officier d'administration de 1^{re} classe (du service de santé).

tous les cas, un tel testament soit rédigé en double original.

Mais cette exigence de la loi ne peut recevoir satisfaction qu'au cas où les circonstances le permettent : lorsque le testament est reçu hors de la ligne des hostilités ou dans un hôpital de campagne. Dans les cas contraires le texte porte « *qu'il sera dressé une expédition du testament pour tenir lieu de second original* ».

L'article 983 modifié en 1893 porte que, dès que la communication sera possible, et dans le plus bref délai, les deux originaux ou l'original et l'expédition du testament seront adressés séparément et par courriers différents, sous pli clos et cacheté au ministre de la Guerre ou de la Marine (1), pour être déposés chez le notaire indiqué par le testateur, ou, à défaut d'indication, chez le président de la Chambre des notaires de l'arrondissement du dernier domicile.

Enfin la loi de 1893, complétant l'article 984 du Code civil, ajoute au texte primitif qui déclare que le testament militaire sera nul six mois après que le testateur sera venu dans un lieu où il aura la liberté d'employer les formes ordinaires « *à moins que,*

1. Depuis la création du ministère des Colonies, à ce ministre, s'il s'agit du testament d'un homme des troupes coloniales.

avant l'expiration de ce délai, il n'ait été de nouveau placé dans une des situations spéciales prévues par l'article 93 (de la loi du 8 juin 1893) ». Le testament sera alors valable pendant la durée de cette situation spéciale et pendant un nouveau délai de six mois après son expiration.

Enfin la loi du 17 mai 1900 a assimilé aux officiers supérieurs capables de recevoir le testament des militaires en campagne, les médecins militaires d'un grade correspondant (médecin-major de 1^{re} classe, médecins principaux et médecins inspecteurs). Il faut toutefois remarquer que, tandis que les intendants ou officiers du commissariat peuvent, au nombre de deux, recevoir les testaments militaires sans témoins, les officiers de troupes et les médecins-majors ne peuvent recevoir de testament militaire qu'en présence de deux témoins.

Cette différence qui peut sembler inexplicable au premier abord, provient de ce que la réception des testaments entre dans les fonctions normales de l'intendance et du commissariat, tandis que, pour les officiers et médecins-majors, cette attribution n'est qu'accidentelle.

Enfin la même loi du 17 mai 1900 donne au médecin major directeur de l'hôpital ou formation sanitaire, quel que soit son grade, la capacité nécessaire

pour recevoir un testament militaire. Cette précision est peut-être inutile, car la loi de 1893 ne restreignait pas la capacité testamentaire aux médecins-majors ayant rang d'officier supérieur.

Modèles de testaments publics.

I. — TESTAMENT REÇU PAR DEUX FONCTIONNAIRES DE L'INTENDANCE.

Pardevant nous M. A... (nom, prénoms, grade, emploi du fonctionnaire) et M. B... (nom, prénoms, grade, emploi (1), soussignés,

A comparu :

M. X... (nom, prénoms, grade, emploi du testateur),

Lequel nous a dicté son testament ainsi qu'il suit :

Je lègue etc.

.

.

Ce testament a été écrit par M. A... en présence de M. B... tel qu'il a été dicté par le testateur, lu à ce dernier qui a déclaré le bien comprendre et y persévérer.

1. Indiquer l'armée, le corps d'armée, la division et la brigade ou l'établissement sanitaire au xquels les fonctionnaires sont attachés.

Puis lecture a été donnée au testateur de l'article 984 du Code civil, qui indique l'époque à laquelle le présent testament cessera d'avoir son effet.

Fait et passé en double original.

A.

L'an mil neuf cent

Le

Et après une nouvelle lecture, le testateur a signé avec MM. A... et B... officiers instrumentaires.

La lecture par M. A... au testateur de son testament et de l'article 984 du Code civil et la signature du testament ont eu lieu en la présence réelle de M. X...

II. — TESTAMENT REÇU PAR UN OFFICIER SUPÉRIEUR OU UN FONCTIONNAIRE DE L'INTENDANCE, OU UN CHEF DE DÉTACHEMENT OU PAR UN MÉDECIN, ASSISTÉ DE DEUX TÉMOINS.

Pardevant M. A... (nom, prénoms, grade, emploi) (1),

En présence de M. L... (nom, prénoms, grade, emploi du témoin),

Et de M. N... (nom, prénoms, grade, emploi du témoin),

1. Indiquer l'armée, le corps d'armée, la division, la brigade et s'il y a lieu le corps de troupe ou l'établissement sanitaire.

Tous deux témoins requis ayant les qualités exigées par la loi ainsi qu'ils l'ont déclaré.

A comparu :

M. X... (nom, prénoms, grade, emploi) (1),

Lequel a dicté à M. A..., en présence des témoins, son testament ainsi qu'il suit :

Je lègue, etc.
.
.

Ce testament a été écrit par M. A..., en présence des témoins, tel qu'il a été dicté par le testateur et lu à ce dernier, qui a déclaré le bien comprendre et y persévérer.

Puis lecture a été donnée au testateur de l'article 984 du Code civil, indiquant l'époque à laquelle le présent testament cessera d'avoir son effet.

Fait et passé en double original,

A . . .

L'an mil neuf cent . . .

Le . . .

Et après une nouvelle lecture, le testateur a signé avec M. A..., officier instrumentaire et les témoins.

1. Indiquer l'armée, le corps d'armée, la division, la brigade, et s'il y a lieu le corps de troupe ou l'établissement sanitaire.

La lecture par M. A... au testateur, de son testament et de l'article 984 du Code civil et la signature du testateur, ont eu lieu en la présence réelle et simultanée des témoins.

Si le testateur ne peut signer, on devra clore ainsi :

Et après une nouvelle lecture, le testateur, en présence des témoins et sur l'interpellation de M. A... a déclaré ne pouvoir signer, à cause de (indiquer la cause). Par suite les témoins ont seuls signé avec M. A...

La lecture par M. A... au testateur de son testament et de l'article 984 du Code civil ont eu lieu en la présence réelle et simultanée des témoins.

APPENDICE I

Le testament des Invalides.

RÈGLEMENT POUR L'HÔTEL ROYAL DES INVALIDES

*Au sujet des dispositions testamentaires
qui se feront à l'avenir dans ledit hôtel.*

« Sur les plaintes qui ont été portées au Conseil de la guerre, au sujet des abus qui se sont introduits à l'hôtel royal des Invalides, concernant les dispositions testamentaires qui se font par les officiers et soldats dudit hôtel, il a été décidé au Conseil de la guerre ce qui suit : que toutes les dispositions testamentaires qui se feront à l'avenir dans ledit hôtel, ne pourront être reçues que par les notaires du Châtelet, ou par le sieur curé de l'hôtel royal des Invalides, son vicaire ou un autre ecclésiastique de sa maison en l'absence de l'un ou de l'autre ; observant de la part du sieur curé, son vicaire ou l'ecclésiastique par lui proposé en son absence, de signer et de faire signer les testa-

teurs et trois témoins, les testamens qu'ils auront dictés; et en cas qu'aucuns desdits testateurs ne puissent signer, lesdits sieurs curé, son vicaire ou ecclésiastique, seront aussi tenus d'y appeler trois témoins, qui seront présens à la diction des dernières volontés du testateur, lesquels signeront le testament conjointement avec le sieur curé, son vicaire ou l'ecclésiastique conformément à l'article CCLXXXIX, de la coutume de Paris, titre XIV des testamens.

Le Conseil de guerre ordonne que le présent règlement sera exécuté selon sa forme et teneur ; à l'effet de quoi il sera lu au conseil des Invalides en présence du sieur curé et des principaux officiers dudit hôtel.

Fait au Conseil de la guerre, le vingt-neuvième jour de juin mil sept cent seize. »

APPENDICE II

Le testament des troupes étrangères et indigènes au service de la France.

Les divers régimes qui se sont succédé en France ont eu à leur service des troupes étrangères.

L'ancienne Monarchie eut des régiments suisses, allemands, croates, suédois, etc.

La Révolution eut un certain nombre de corps étrangers dont le plus célèbre fut la légion germanique.

L'Empire compta des régiments polonais, espagnols, allemands, prussiens, etc.

La Restauration rétablit quelques troupes suisses.

Si depuis 1830 aucun corps étranger ne tient plus garnison en France, nous possédons en Algérie, ressortissant du ministère de la Guerre :

2 régiments de légion étrangère ;

4 régiments de tirailleurs algériens ;

4 régiments de spahis.

et aux colonies, ressortissant de ce dernier ministère, de nombreux corps sénégalais, haoussas, tonkinois, annamites, chinois, etc. Tous ne comprennent qu'une minorité très restreinte de Français.

C'est la capacité testamentaire de ces étrangers au service de la France, que nous allons étudier au point de vue de l'histoire du droit.

§ I. — Dans l'ancien droit.

C'est François I^{er} qui, le premier, a soumis à des règles spéciales le testament des soldats étrangers en France : « *Sa Majesté permet à tous gendarmes et archers qui sont bâlards ou étrangers, combien qu'ils n'aient obtenu lettres de légitimation, ne conger de tester, de lui ni de ses prédécesseurs, que néanmoins ils puissent disposer de leurs biens et que leurs héritiers leur puissent succéder.* » Ordonnance du 13 février 1534, article IV.

Cette ordonnance a été observée en différentes circonstances, mais toujours restreinte aux héritiers de l'étranger régnicoles ou étant au service du roi.

Les Irlandais qui vinrent au commencement de la guerre de 1688, à la suite du roi Jacques, ont toujours

joui du droit de tester et y ont été maintenus par différentes ordonnances de Louis XIV.

Dans le Code militaire (1) publié sous Louis XV, nous lisons qu'en 1721, le fermier du domaine s'étant opposé à l'exécution du testament du feu sieur Steir, colonel réformé d'infanterie allemande, sous prétexte que ses effets étaient acquis au Roi par droit d'aubaine, la difficulté fut levée par la lettre suivante :

A Paris ce, 13 juin 1721,

Sur le compte que j'ai rendu, Monsieur, à Son Altesse Royale de la copie que Monsieur de Cany, major de Metz, m'a adressée, de la lettre que Monsieur d'Armenonville vous a écrite, sur l'opposition que le fermier du domaine a formée à l'exécution du testament de feu Monsieur Steir, colonel réformé d'infanterie allemande, entretenu à Metz, dont vous êtes chargé conjointement avec Monsieur de Marion, sous prétexte que les effets qu'il a laissés en mourant étoient acquis au Roi par droit d'aubaine ; Elle a trouvé que la prétention de ce fermier n'étoit pas sans fondement ;

1. Le Code militaire était une compilation comprenant à la fois les règlements, depuis l'école du soldat, le service intérieur, le service en campagne, jusqu'à des ordonnances de justice.

mais comme Elle est toujours portée en faveur des officiers de troupes, Elle a bien voulu les distinguer des autres étrangers et a décidé que ceux qui décéderoient étant au service de Sa Majesté, auroient la liberté de disposer par testament des biens qu'ils auroient acquis, nonobstant leur qualité d'étranger. Cette décision de Son Altesse Royale sera plus particulièrement expliquée par une ordonnance qu'Elle fait expédier à ce sujet, conformément à une très ancienne de François I^{er} qui n'avoit pas eu une entière exécution jusqu'à présent : cependant Elle m'a commandé de vous faire savoir que son intention est que vous acquittiez le legs dudit testament ; et afin que vous n'y trouviez plus de difficulté de la part du fermier du domaine, j'écris par ordre de Son Altesse Royale à Monsieur de la Houssaye, qui donnera les siens pour faire cesser les poursuites dudit fermier : j'en donne avis en même temps à Messieurs de Marion et de Cany.

Signé : Le Blanc.

Ainsi nous voyons dans cette lettre que, par exception, les soldats étrangers échappaient au droit d'aubaine et pouvaient se constituer, avec les biens acquis au service, une sorte de « *peculium castrense* » indépendant du reste de leur fortune et qu'ils pouvaient léguer à qui bon leur semblait.

Qui avait qualité pour recevoir le testament de ces soldats étrangers ? Il faut distinguer suivant les corps. Il est vraisemblable que le plus grand nombre étaient, à ce point de vue, soumis au droit commun, mais il y avait certains régiments, comme les Suisses, qui possédaient leur prévôté particulière. Dans ce cas c'était le prévôt national et non le Grand Prévôt qui avait qualité pour recevoir les testaments. Et si nous nous rappelons que ces corps étrangers vivaient, au point de vue juridique, sous leur loi nationale, nous voyons que les questions de capacité, de réserve, de légitime comme on disait alors, etc... se réglaient d'après cette loi.

§ II. — Pendant la période intermédiaire.

La Révolution compta dans les rangs de ses troupes beaucoup d'étrangers.

La loi du 29 juillet 1791 incorpora dans l'armée française l'infanterie allemande, irlandaise et liégeoise.

Les régiments suisses et grisons qui avaient conservé leurs capitulations (loi du 28 septembre 1791) furent dissous le 13 février 1793, mais dès 1792 nous voyons apparaître des corps étrangers sous le nom

de légion franche étrangère, légion germanique, légion franche allobroge, etc.

Quelle était la situation de ces troupes au point de vue du droit civil et principalement au point de vue du droit testamentaire ?

Les articles 13 de la loi portant formation de la légion étrangère et l'article 21 de la loi qui crée la légion franche allobroge, répondent à cette question : *« Les individus qui la composeront ne pourront se refuser à la soumission aux lois tant civiles que militaires établies dans le royaume ».*

Ainsi, au point de vue du droit civil, c'était le droit français qui régissait les actes des contingents étrangers au service de la France et, en matière testamentaire, c'était l'ordonnance de 1735 qui était appliquée.

§ III. — Sous l'Empire.

Les troupes étrangères nombreuses qui servirent dans les armées impériales se composèrent soit de populations soumises au Code civil, soit de contingents étrangers régis par leur loi nationale.

§ IV. — Sous la Restauration.

Les régiments suisses furent rétablis au nombre de quatre. Leur recrutement et leur police étaient régis par les anciennes « *capitulations* ». Chacun d'eux possédait son juge qui remplissait les fonctions des anciens prévôts. Au point de vue du droit civil, c'était la loi cantonale qui était appliquée.

§ V. — De 1830 à nos jours.

La charte de 1830, bien que défiante envers les troupes étrangères (1), n'empêcha pas d'avoir recours à celles-ci pour assurer la conquête de l'Algérie.

La légion étrangère fut créée par ordonnance royale du 9 mars 1831. Le nombre des légions fut plus tard porté à deux. Dissoute en 1854, elle fut reconstituée sous le nom de régiments étrangers.

Quelle est la situation des légionnaires étrangers au point de vue testamentaire ?

Il est certain qu'en vertu de la règle : *locus regit actum*, ces soldats ont le droit d'employer les formes privilégiées des articles 981 et suivants. Mais le

1. Art. 14. — Aucune troupe étrangère ne pourra être admise au service de l'État qu'en vertu d'une loi.

légionnaire peut aussi faire son testament d'après sa loi nationale ; si c'est un Anglais il pourra écrire ses dernières volontés en présence de deux témoins, tester verbalement, s'il est Espagnol.

De plus, si sa loi personnelle reconnaît une forme privilégiée au testament militaire, il lui sera loisible de l'employer (1).

Quant aux effets d'un tel testament :

« C'est l'autonomie de la volonté qui tient la première place. Le testateur est maître de disposer de sa fortune comme il l'entend. Rien ne l'empêche pour le cas où il subsisterait dans l'expression de ses dernières volontés, quelque lacune ou quelque obscurité, d'indiquer la législation qui devra servir à les interpréter. Mais si aucune indication de ce genre ne se trouve dans le testament, tout porte à croire que le *de cuius* s'en est rapporté à sa loi personnelle dont les dispositions lui sont familières (2) ».

Mais ces testaments ne peuvent en aucun cas porter atteinte à l'ordre public français, et ne sauraient,

1. Belgique. Code Civil. Art. 981, 982, 983 et 984.

Allemagne. Militärgesetz v. 2 mai 1874 § 44. Ges. betr. die freicw. Gerichtsbarkeit und andere Rechtsangelegenheiten in Herr und Marine vom 28 mai 1901.

Italie. Codice civile del regno d'Italia (1865). Art. 802.

2. A. WEISS. Droit international privé.

par exemple, établir sur le territoire français une substitution prohibée.

Ce qui vient d'être dit des étrangers s'applique également au testament fait par les soldats indigènes au service de la France. Les Algériens, par exemple, ont la faculté d'employer dans leurs actes juridiques le droit civil français ou le droit musulman.

Vu : le Président de la thèse
LEFEBVRE

Vu : le Doyen,
LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Bibliographie.	5
Introduction	7
Chapitre I. — LE TESTAMENT MILITAIRE A ROME	9
Le testament <i>in procinctu</i>	11
Le testament militaire sous l'Empire	15
§ I. — <i>Privilèges quant à la forme du testament.</i>	19
§ II. — <i>Privilèges quant à la personne du testateur.</i>	21
§ III. — <i>Privilèges quant aux successibles.</i>	25
§ IV. — <i>Privilèges portant sur la nature même</i> <i>du testament</i>	27
Chapitre II. — LE TESTAMENT MILITAIRE CHEZ LES BAR- BARES ET SOUS LES MÉROVINGIENS	31
Chapitre III. — COMMENT DU VII^e AU XIII^e SIÈCLE ON A SUPPLÉÉ A L'ABSENCE DE TESTAMENT	39
Chapitre IV. — LA DONATION « MORTIS CAUSA » AU TEMPS DES CROISADES ; COMMENT ELLE SE TRANSFORME EN TESTAMENT	45
Chapitre V. — LE TESTAMENT MILITAIRE DE LA RENAISSANCE DU DROIT ROMAIN A L'ORDONNANCE DE MOU- LINS (1566)	51
Chapitre VI. — LE TESTAMENT MILITAIRE DE L'ORDONNANCE DE MOULINS A L'ORDONNANCE D'AOUT 1735.	57

Chapitre VII. — LE TESTAMENT MILITAIRE DANS L'ORDON-	
NANCE D'AOUT 1735	73
<i>Privilèges de forme</i>	73
<i>Privilèges de fond</i>	80
Chapitre VIII. — LE TESTAMENT MILITAIRE DANS LE CODE	
CIVIL	83
Chapitre IX. — MODIFICATIONS APPORTÉES A LA RÉDAC-	
TION PRIMITIVE DU CODE CIVIL (Lois du 8 juin	
1893 et du 7 mai 1900)	89
Modèles de testaments publics	93
I. — <i>Testament reçu par deux fonctionnaires de l'in-</i>	
<i>tendance</i>	93
II. — <i>Testament reçu par un officier supérieur ou un</i>	
<i>fonctionnaire de l'Intendance, ou par un chef</i>	
<i>de détachement ou par un médecin, assisté</i>	
<i>de deux témoins</i>	94
Appendice I. — LE TESTAMENT DES INVALIDES	97
Appendice II. — LE TESTAMENT DES TROUPES ÉTRANGÈRES	
ET INDIGÈNES AU SERVICE DE LA FRANCE	99
§ I. — Dans l'ancien droit	100
§ II. — Pendant la période intermédiaire . . .	103
§ III. — Sous l'Empire.	104
§ IV. — Sous la Restauration	105
§ V. — De 1830 à nos jours.	105

